

La Motivación de la
**SENTENCIA
CIVIL**

Michele Taruffo

La Motivación de la
SENTENCIA
CIVIL

Michele Taruffo

Traducción de Lorenzo Córdova Vianello

344.53 Taruffo, Michele.
T728m La motivación de la sentencia civil / Michele
Taruffo, tr. Lorenzo Córdova Vianello. — México :
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la
Federación, 2006.
XIV, 430 p.

Traducción de: *La motivazione della sentenza civile*

ISBN 970-671-241-0

1. Derecho procesal civil. 2. Administración de la
justicia. I. Córdova Vianello, Lorenzo, tr.

Título original: *La motivazione della sentenza civile*

Traducción de Lorenzo Córdova Vianello

Edición 2006

D.R. © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Carlota Armero núm. 5000, Colonia CTM Culhuacán,
Delegación Coyoacán, C.P. 04480, México, D.F.
Tels. 5728-2300 y 5728-2400.

Edición: Coordinación de Documentación y Apoyo Técnico.

Impreso en México

ISBN 970-671-241-0

CONTENIDO

Presentación	XI
------------------------	----

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA CIVIL

1. <i>a.</i> Incertidumbres existentes en las formulaciones doctrinales precedentes en torno al problema	3
<i>b.</i> La motivación y la crisis de la doctrina silogística del juicio	8
<i>c.</i> La motivación y la perspectiva sociológico-política al juicio	11
2. Naturaleza de la motivación y problemas de definición .	14
3. <i>a.</i> La motivación como “discurso”	17
<i>b.</i> La motivación como conjunto ordenado de proposiciones	19
4. Perfiles de análisis semiológico de la motivación	22
<i>a.</i> Las situaciones de interpretación	23
<i>b.</i> La motivación como indicativo lingüístico en sentido propio	27
<i>c.</i> La motivación como fuente de indicios	29
<i>d.</i> Situaciones de interpretación y significados de la motivación	31
5. Naturaleza de la motivación y método de la indagatoria	35

▪ **Contenido** ▪

CAPÍTULO II

LA MOTIVACIÓN COMO FUENTE DE INDICIOS

1.	La motivación como conjunto de hechos significantes . . .	57
2.	La interpretación indiciaria del significado de la motivación	60
	<i>a.</i> Tipos de situaciones interpretativas	61
	<i>b.</i> Ejemplos de investigaciones sobre la motivación como fuente de indicios	68
3.	La interpretación indiciaria en las características estructurales de la motivación	72
4.	La motivación como hecho no significativo	77
	<i>a.</i> La aproximación realista	78
	<i>b.</i> La aproximación psicológica	80
	<i>c.</i> La aproximación irracionalista	81
5.	Resultado y relevancia de la interpretación de la motivación como fuente de indicios	83

CAPÍTULO III

LA MOTIVACIÓN COMO DISCURSO JUSTIFICATIVO

1.	La interpretación de la motivación como signo en sentido propio	99
	<i>a.</i> Significado y estructura del discurso	102
	<i>b.</i> Factores lógicos y retóricos en el contexto de la motivación	103
2.	Motivación y razones reales de la decisión	108
	<i>a.</i> La motivación como un discurso de significado más extendido	109
	<i>b.</i> La motivación como un discurso de significado menos extendido	110

■ Contenido ■

c. El razonamiento justificativo como significado propio de la motivación	112
3. Lógica del juicio y de la motivación	114
a. Logicismo y antilogicismo en las concepciones del juicio	116
b. Sobre los sofismas del logicismo y del antilogicismo	119
c. El rol de la lógica en el razonamiento del juez	121
d. La distinción entre lógica del juicio y lógica de la motivación	123
e. Lógica y valorabilidad del razonamiento del juez	124

CAPÍTULO IV

SOBRE ALGUNAS TEORÍAS DEL JUICIO Y DE LA MOTIVACIÓN

1. La teoría del silogismo judicial	141
a. Falsedad y falta de completitud de la teoría silogística	142
b. Límites de las críticas a la teoría silogística	144
c. El uso del silogismo por parte del juez	146
d. Las implicaciones ideológicas de la teoría silogística	149
2. La teoría tópica del razonamiento jurídico	154
a. Esbozos críticos sobre la teoría tópica de la decisión	155
b. Tópica y lógica en la motivación	159
c. El papel del razonamiento tópico en la motivación	165
3. La teoría retórica de la argumentación jurídica	169
a. Retórica y tipos de razonamiento jurídico	172
b. El problema del “auditorio universal”	174
c. El papel de la argumentación retórica en la motivación	176

▪ Contenido ▪

CAPÍTULO V

LA ESTRUCTURA RACIONAL DEL JUICIO Y DE LA MOTIVACIÓN

1.	Premisas para un análisis del razonamiento del juez	197
	a. Discontinuidad cualitativa de dicho razonamiento	200
	b. Razonamiento decisorio y discurso justificativo	202
	c. El concepto de elección en la estructura del juicio . . .	204
2.	Características generales del razonamiento decisorio . . .	208
	a. La individuación de la <i>ratio decidendi</i>	210
	b. La individuación de la norma	214
	c. La constatación de los hechos	219
	d. La calificación jurídica de los hechos concretos del caso	226
	e. La decisión	230
	f. La racionalidad del razonamiento decisorio	232
3.	La estructura de la motivación	238
	a. El primer nivel de justificación: la estructura lógica de la decisión	240
	b. El segundo nivel de justificación	244
	c. Los dos grados de justificación	245
	d. Los conceptos de racionalidad de la justificación	248
	e. Tipos y estructuras de justificación racional	252
	f. Estilo y estructura de la motivación	257
	g. Pluralidad de <i>rationes decidendi</i> y <i>obiter dicta</i>	264

CAPÍTULO VI

LA OBLIGACIÓN DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA CIVIL

1.	Perfiles históricos	302
	a. La obligación de motivación en las reformas del siglo XVIII en Europa	303
	b. Evolución del problema en las codificaciones del siglo XIX	311
	c. Apuntes sobre la motivación en la historia de los ordenamientos de la <i>common law</i>	316

■ Contenido ■

2.	Perfiles comparados	321
	<i>a.</i> Ordenamientos de la <i>civil law</i>	322
	<i>b.</i> Ordenamientos de los países socialistas	327
	<i>c.</i> Ordenamientos de la <i>common law</i>	328
3.	La obligación de motivación en la norma ordinaria:	
	artículo 132, n. 4 cod. proc. civ.	332
	<i>a.</i> La <i>ratio</i> de la obligación ante las partes	335
	<i>b.</i> La <i>ratio</i> de la obligación hacia el juez	
	de la impugnación	338
	<i>c.</i> Obligación de motivación y función	
	de la casación	340
	<i>d.</i> Límites de la concesión endoprocesal	
	de la motivación	343
4.	El principio constitucional de obligatoriedad de	
	la motivación: artículo 111, primer apartado,	
	de la Constitución	345
	<i>a.</i> Incidencia del principio sobre la normativa	
	ordinaria; el problema del decreto	346
	<i>b.</i> El principio en el sistema de los principios	
	constitucionales sobre la jurisdicción	349
	<i>c.</i> Significado ideológico del principio:	
	la exigencia de controlabilidad difusa sobre la	
	administración de justicia	354
5.	Problemas de aplicación del principio de obligatoriedad	
	de los motivos	360
	<i>a.</i> Crítica del criterio general propuesto	
	por la jurisprudencia	362
	<i>b.</i> El problema de la motivación <i>per relationem</i>	365
	<i>c.</i> El problema de la motivación implícita	369
	<i>d.</i> Cuestiones en materia de motivación	
	del juicio de facto	373
	<i>e.</i> El principio de completitud de la motivación	380

▪ **Contenido** ▪

6.	Efectos de la violación de la obligación de motivación . .	383
	<i>a.</i> La motivación como requisito de estructura de la medida jurisdiccional	384
	<i>b.</i> Nulidad e inexistencia de la sentencia que adolece de motivación	388
	<i>c.</i> El "contenido mínimo necesario" de la motivación . . .	391

PRESENTACIÓN

En la legislación constitucional mexicana se encuentra elevada a garantía individual la obligación de todas las autoridades del país de fundar y motivar todos los actos que impliquen una molestia en los derechos de los gobernados, la cual se ha hecho extensiva a los actos jurisdiccionales de privación de derechos, a través de la jurisprudencia, especialmente respecto a las sentencias.

A su vez, los códigos procesales imponen esa exigencia como garantía jurisdiccional dentro de los procesos jurisdiccionales.

No obstante, la doctrina mexicana no se ha ocupado especialmente de tan importante tema, pues sólo lo ha hecho en breves espacios, dentro de obras generales de Derecho Constitucional, de Garantías Individuales, de Derecho Procesal o del Juicio de Amparo, con la agravante de que, aun en estas obras, se ha omitido un tratamiento profundo, al concretarse a repetir, con otras palabras, los contenidos de las tesis que hay sobre este tema, pronunciadas por los Tribunales Federales.

Empero, estos órganos jurisdiccionales sólo han aportado a la materia lo que los litigios les han exigido, concretándose a emitir ciertas notas distintivas del concepto motivación. Por ejemplo, se ha dicho que para cumplir con dicho concepto: “ha de expresarse, con precisión, el precepto aplicable al caso y... señalarse concretamente, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto,...siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables al caso de que se trate.

También han sostenido que para cumplir adecuadamente con el requisito señalado, no basta ordenar a un particular que se abstenga de ciertos actos, o que realice otros, junto con la cita de algunos preceptos legales, porque con esto se obligaría a los afectados a defenderse a base de conjeturas sobre los posibles razonamientos de hecho y de derecho que pudieron servir de base a la autoridad, sino que para cumplir con la debida motivación y fundamentación “...es necesario que en la resolu-

■ Presentación ■

ción se expresen con claridad y precisión los hechos del caso y los argumentos legales que llevan a la autoridad a la conclusión de que debe ordenar cierta conducta, negativa o positiva, de los particulares, a fin de que éstos, con pleno conocimiento de los fundamentos de hecho y de derecho de la resolución reclamada, estén en plena aptitud de defenderse, si estiman que se les afecta ilegalmente en sus derechos, toda vez que las resoluciones mal motivadas equivalen a una sentencia que contuviera la cita legal de preceptos y los puntos resolutivos, omitiendo los resultandos y los considerandos: la impugnación de tal sentencia tendría que hacerse a base de conjeturas, lo que es ilegal”. Así mismo, que desde un punto de vista formal, la motivación consiste en la expresión de razones y disposiciones legales que se consideran aplicables, y respecto al fondo, en que los motivos invocados sean reales, ciertos y bastantes para producir el acto de autoridad, conforme a los preceptos aplicables. Que aun cuando la Constitución no proporciona una forma sacramental sobre la manera en que los actos de autoridad se deben fundar y motivar, “debe entenderse, racional y lógicamente, como el examen y la decisión concretos y directos de cada una de las cuestiones planteadas”, en donde la fundamentación es “la cita del precepto que le sirva de apoyo”, y la motivación “la manifestación de los razonamientos que llevaron a la autoridad a la conclusión de que el acto concreto de que se trate, encuadre en la hipótesis prevista en dicho precepto”; y que, por consiguiente, no basta que en el derecho positivo “exista un precepto que pueda sustentar el acto de la autoridad, ni un motivo para que ésta actúe en consecuencia, sino que es indispensable que se hagan saber al afectado los fundamentos y motivos del procedimiento respectivo, ya que sólo así estará en aptitud de defenderse como estime pertinente”. Que de esa manera, “la fundamentación debe ser específica al caso de que se trate y la motivación explícita, de fácil comprensión para el gobernado, por lo que no se satisface este último requisito formal, si se consigna mediante expresiones abstractas, genéricas o a través de signos, fórmulas o claves, que el destinatario del acto tenga que interpretar, porque siendo equívocas esas expresiones pueden hacerlo incurrir en error y formular defectuosamente su defensa, lo que equivale a colocarlo en estado de indefensión”.

No obstante, falta reflexionar sobre la propia naturaleza jurídica de la motivación, conocer las teorías desarrolladas desde antaño sobre el tema, esclarecer las funciones que éstas desempeñan respecto de las partes en

▪ Presentación ▪

los procesos y de la sociedad en general, fijar la sistemática de la motivación, señalando detalladamente qué se puede incluir en ella, qué no y la manera de hacerlo, etcétera.

La situación descrita nos ha llevado a voltear la vista al exterior, donde se comienzan a producir obras de mayor amplitud, por ejemplo: *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, de Juan Igartua Salaverría; *La aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, de Victoria Iturralde Sesma; *Los hechos en la sentencia penal*, de Perfecto Andrés Ibáñez; *El arbitrio judicial*, de Alejandro Nieto; *La motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica*, de Ramón Escovar León; *La racionalidad jurídica*, de Manuel Segura Ortega; *Si de argumentar se trata*, de Luis Vega Reñón, y la destacada obra que tenemos la satisfacción de presentar.

El autor del libro es un reconocido procesalista, quien tal vez se defina mejor como jusfilósofo del Derecho Procesal, materia que imparte en la Universidad de Pavía, Italia. De sus múltiples obras conocemos en México *La prueba de los hechos*, *Lezioni sul processo civile*, *Cinco lecciones mexicanas*, entre otros trabajos.

Mi relación personal con el profesor Taruffo data del año 2002, cuando fue invitado al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación a impartir un curso sobre valoración de pruebas, en las cuales hizo gala de sus conocimientos en la materia. Este curso dio pauta para la publicación de las *Cinco lecciones mexicanas*, por parte del Tribunal Electoral.

A partir de entonces, ha regresado en múltiples ocasiones a México y al Tribunal, con la finalidad de impartir nuevas conferencias, lo que ha fortalecido mi amistad con el autor y hecho crecer mi admiración por su obra y persona.

Fue en alguna de esas conversaciones que hizo referencia a la obra que hoy se presenta, escrita varias décadas atrás. Por su contenido y temática, pero desde luego por el autor, la obra despertó el interés del Tribunal, por lo que propusimos su traducción y publicación. La proposición fue aceptada con gusto por Taruffo, después de alguna resistencia, por considerar necesaria su actualización. El lector se percatará que la obra es más actual que nunca, por lo menos para el punto en que se encuentra la cultura jurídica mexicana en estos principios del siglo XXI.

La traducción fue encomendada al doctor Lorenzo Córdova Vianello, por sus cualidades y conocimientos indiscutibles, que garantizan la se-

■ **Presentación** ■

riedad y calidad necesarias para la versión en español de este texto, por sus conocimientos del idioma y las particularidades que adopta en el derecho, así como su preparación académica.

Desde luego que la obra, hasta por su simple título, despierta el interés de cualquier especialista del derecho, y más al haber sido escrita por el profesor Taruffo, quien ha demostrado en las obras que he tenido a mi alcance, un análisis profundo y detallado de los temas que aborda.

La obra que se presenta no puede ser la excepción, pues trata con genialidad el tema de la motivación, sustancial en el ámbito judicial.

Por estas razones, no dudo que habrá de ser una herramienta de invaluable valor para cualquier juez y jurista en general, y una joya más para los teóricos y juzgadores que gustan de mejorar constantemente su acervo.

*Magdo. Leonel Castillo González
Presidente del Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación*

México, D.F., otoño de 2006

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA CIVIL

SUMARIO: 1. *a.* Incertidumbres existentes en las formulaciones doctrinales precedentes en torno al problema, *b.* La motivación y la crisis de la doctrina silogística del juicio, *c.* La motivación y la perspectiva sociológico-política al juicio; 2. Naturaleza de la motivación y problemas de definición; 3. *a.* La motivación como “discurso”, *b.* La motivación como conjunto ordenado de proposiciones; 4. Perfiles de análisis semiológico de la motivación, *a.* Las situaciones de interpretación, *b.* La motivación como indicativo lingüístico en sentido propio, *c.* La motivación como fuente de indicios, *d.* Situaciones de interpretación y significados de la motivación; 5. Naturaleza de la motivación y método de la indagatoria.

1. *a.* INCERTIDUMBRES EXISTENTES EN LAS FORMULACIONES DOCTRINALES PRECEDENTES EN TORNO AL PROBLEMA

Quien se propone estudiar el problema de la motivación en los modos y en los términos en el cual éste ha sido planteado en las últimas décadas, se encuentra frente a un panorama dotado de características peculiares, y en muchos aspectos sumamente diverso de aquél que el procesalista está acostumbrado a encontrar cuando enfrenta la mayor parte de los temas que son propios de su ámbito de investigación. Dichas peculiaridades se deben, no obstante, sólo en parte a la naturaleza intrínseca del problema, y se derivan principalmente de la concurrencia de dos factores contingentes: por un lado, la manera en la que ha sido abordado el tema de la motivación (tal vez sería más exacto decir: en el que éste no ha sido abordado)

en el ámbito del derecho procesal civil;¹ y, por otro lado, el hecho de que sobre la cuestión de la motivación repercuten, y no sería razonablemente posible que ocurriera de otra manera, los contrastes y las incertidumbres que se han manifestado de vez en vez —no sólo y no tanto de parte de los estudiosos del derecho procesal, sino como perspectiva filosófica, sociológica y política— sobre el diverso, pero estrechamente vinculado, tema de la naturaleza y de la estructura de la decisión judicial.

La confusión que en primera instancia parece constituir la característica más evidente del estado del problema que nos ocupa, se define en su manera más clara, y en parte también se explica, si se examinan más de cerca los dos factores que contribuyen principalmente a manifestarla. Desde el primer punto de vista, se constata, ante todo, que la presencia en la Constitución de una norma nueva,² como es el caso del primer párrafo del artículo 111, no atrajo la atención de parte de los estudiosos que habría podido esperarse, de manera que se puede decir que el alcance del principio constitucional de obligatoriedad de la motivación queda, todavía hoy, ampliamente indeterminado.³ Por otra parte, este hecho, a su vez, tampoco carece de explicación: al artículo 111, párrafo 1, entendido como una “norma de normas”, es decir, como criterio de congruencia constitucional de la normatividad ordinaria, es fácil atribuirle un alcance prácticamente nulo en el campo del proceso civil, desde el momento en que el precepto constitucional parecería estar sustancialmente cumplido por la ley ordinaria, en donde ésta prescribe que la sentencia deba contener “los motivos de hecho y de derecho de la decisión” (*cf.* art. 132 n. 4 cod. proc. civ.; art. 118 disp. att.).⁴

Una perspectiva más fecunda podría partir, por el contrario, del presupuesto de que la norma en cuestión represente no sólo el paradigma de congruencia constitucional de la normatividad ordinaria, sino que además sería una “norma para el juez”, no tanto en el sentido formal de imponerle la obligación de motivar sus decisiones, dado que la misma normatividad ordinaria ya contiene preceptos puntuales para ese fin, sino más bien en el sentido más sustancial de fijación de los requisitos mínimos que son necesarios para que se pueda decir que una sentencia está efectivamente motivada.⁵ Está claro, por otra parte, que sería necesaria, en el plano de los otros principios constitucionales inherentes a la actividad jurisdiccional,⁶ así como en el plano político más general, una “concretización” del contenido de la norma constitucional, que hasta ahora carece

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

completamente de atención por parte de la doctrina como de la jurisprudencia. El hecho de que por regla se haya preferido la aproximación formalista referida, considerándola suficiente para eludir o agotar el problema en sus alcances sustanciales, puede ser interpretado de varios modos, sobre los cuales no vale la pena alargarse en este espacio;⁷ sin embargo, es cierto en todo caso, que ello explica en el plano histórico la falta de contribuciones encaminadas a poner en evidencia el alcance efectivo del principio constitucional sobre la obligatoriedad de la motivación.

En el campo más específico del derecho procesal civil, la situación es en parte diversa, dado que, obviamente, al constituir la motivación de la sentencia un fenómeno de carácter inevitablemente “procesal”, los estudiosos se han visto necesariamente obligados a tener que ocuparse de él. Al respecto, debe hacerse notar inmediatamente que el tema ha sido regularmente enfocado a partir de una línea del todo particular: se ha pues estudiado la motivación exclusivamente con referencia a los puntos de emersión del fenómeno en un plano estrictamente normativo. Ello ha significado concentrar la atención, aunque ello ocurra con diversa amplitud e intensidad, esencialmente en tres puntos: la definición de la naturaleza del requisito de la motivación y del vicio constituido por su ausencia, la posibilidad de evidenciar los vicios de la motivación y la posibilidad del relativo control en vía de casación, el problema de si la autoridad del juicio se extiende o no a la motivación o a parte de ésta.

Estos argumentos serán tratados de manera más analítica posteriormente y, por lo tanto, no es necesario alargarse en una exposición más amplia de ellos. Desde un punto de vista muy general, nos interesa, por el contrario, subrayar de manera inmediata que su solución debería presuponer, al menos en el carácter de una hipótesis de trabajo, una definición suficientemente clara de lo que es la motivación de la sentencia, no por otra cosa más que por la sencilla razón de que resulta lógicamente incongruente debatir en torno a los vicios o a los efectos de un fenómeno jurídico sin partir de una adecuada precisión de sus características.

Ahora bien, dicha incongruencia constituye, por otra parte, la expresión más peculiar del modo en el cual los problemas atinentes a la motivación han sido comúnmente enfrentados: su tratamiento se basa en los consuetos instrumentos de carácter dogmático para proponer soluciones jurídicamente atendibles sobre temas específicos, pero prescinde del problema fundamental —que constituye lógicamente el *prius* de todo posible

desarrollo de la materia— inherente a la individuación de los elementos y de las propiedades esenciales que definen a la motivación; tampoco, por otra parte, se puede decir que una adecuada solución de este problema, o sea una satisfactoria definición del fenómeno de la motivación, resulte conscientemente, aunque esté implícitamente presupuesto, del momento en que, a partir de las tesis que se han propuesto con relación a las cuestiones antes mencionadas, resulta imposible remontarnos a la reconstrucción clara y suficientemente articulada del concepto de motivación sobre el que esas mismas tesis habrían debido de fundarse.

En sustancia, ello equivale a decir que, a partir de lo que es posible constatar, no ha sido planteado de manera adecuada, y por lo tanto no se ha logrado alcanzar una solución satisfactoria, el problema de definir de manera exhaustiva la naturaleza de la motivación. En efecto, de una rápida revisión de las nociones comúnmente utilizadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, el concepto de motivación aparece ampliamente indeterminado, y frecuentemente es tratado, incluso, como algo que tiene un contenido “móvil”.⁸ En efecto, cada vez que se intentan definiciones, éstas se resuelven en decir —como ocurre regularmente, con escasas variaciones de lenguaje— que la motivación consiste en la expresión de los “motivos” o de las “razones del decidir” o del “*iter* lógico seguido por el juez para llegar a la decisión”, moviéndonos en el restringido campo de la tautología (o en aquél, mucho más amplio, pero no menos estéril, de la indeterminación): expresiones de este tipo, dentro del contexto en el cual normalmente son utilizadas, no expresan alguna noción precisa de “motivo”, de “razón” o de “*iter* lógico”, y por lo tanto, lejos de definir alguna cosa, reenvían al plano de las nociones intuitivas, a partir del erróneo presupuesto de que se trata, por el contrario, de conceptos determinados en el patrimonio del conocimiento común.

El carácter de “movilidad” de la noción de motivación aparece, además, con particular claridad ahí en donde la doctrina plantea el notorio y controvertido problema de establecer lo que, en la sentencia, está cubierto por el “*iudicatum*” (es decir, el sentido de la decisión incluida en la sentencia).⁹ En tal contexto, la motivación es definida, por exclusión, como aquello que no pasa a través del *iudicatum*. Sin embargo, dado que a la esfera objetiva del *iudicatum* le son atribuidos de vez en vez confines más o menos amplios, ello hace que varíe de manera inversa el ámbito que le es asignado a la noción de motivación; de esta manera, por ejemplo, la deci-

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

sión sobre una cuestión prejudicial o la comprobación de los hechos constitutivos de derecho derivada de la litis, son incluidas o excluidas en el campo de la motivación (o, recíprocamente, en el de la “decisión”), dependiendo de que se admita o se excluya su idoneidad para la formación de la decisión definitiva incluida en la sentencia.

Adicionalmente a lo anterior, debe hacerse notar que de esta manera el concepto de motivación termina por ser una especie de recipiente vacío, en el cual se coloca, de manera cómoda, todo aquello que se pretende excluir del ámbito de la decisión. Por otra parte, todo ello no debe causar estupor, ya que se trata de la consecuencia normal de la utilización de nociones indefinidas o que se definen solamente por exclusión, de manera puramente negativa. En atención a los fines perseguidos en la exposición que se hace en estas páginas, es necesario observar, además, la utilización de nociones de este tipo, si bien puede ser útil para otros efectos, es en todo caso, de manera cierta, el modo más seguro para cerrar las puertas a la posibilidad de individuar el significado efectivo de los fenómenos que se estudian.

En una situación semejante, y tal vez el escenario que aquí se ha trazado sintéticamente no es demasiado pesimista, se puede también comprender la suerte singular que ha tocado a la bien conocida consideración de Calamandrei, según la cual la motivación no es el fiel resultado lógico-psicológico del proceso que ha llevado al juez a la decisión, sino más bien la apología que el juez elabora *a posteriori* de la decisión misma.¹⁰ Esta aseveración tenía probablemente un doble objetivo: por un lado, desacreditar la difundida convicción de la identidad entre motivación e *iter* decisorio;¹¹ por el otro, indicar la vía metodológicamente correcta para el estudio de ambos fenómenos en su esencial diversidad y en sus inevitables conexiones.

Ahora bien, si ello es lo que Calamandrei pretendía expresar, sus palabras han encontrado la más radical incomprensión: por una parte, la jurisprudencia sostiene firmemente la identidad entre el proceso de decisión y la motivación, ya que para juzgar sobre la congruencia de la motivación continúa pidiendo que ésta exprese de manera bastante clara “el *iter* lógico seguido por el juez para llegar a la decisión”.¹² Por otra parte, la doctrina no sólo no ha atendido la invitación implícita para estudiar a la motivación y al proceso de decisión en sus respectivas y correctas dimensiones, sino que parece haber estimado que con las palabras de

Calamandrei el problema de la motivación pudiera considerarse como liquidado definitivamente en cuanto insignificante, desde el momento en que aquellas son usadas frecuentemente para indicar el límite dentro del cual es razonable contener la indagatoria.¹³

Si el estado del problema pudiera resumirse de manera cumplida en las posiciones tradicionalmente asumidas por la doctrina y por la jurisprudencia, se tendría una situación no excesivamente negativa, ya que la insuficiente elaboración de un concepto siempre puede ser un estímulo para una investigación posterior. No obstante, la situación es mucho más compleja, dado que para reforzar la ya difundida devaluación del papel de la motivación como institución jurídica, que está implícita en la actitud descrita hasta ahora, han contribuido las repercusiones, por otra parte inevitables y potencialmente saludables, de las investigaciones que han sido conducidas, desde diversas perspectivas y con diversas metodologías, en torno a la naturaleza de la decisión judicial. Dichas repercusiones, en la medida y en el modo en el cual han influenciado en la manera de concebir a la motivación, han terminado por producir un estado de radical confusión entre los posibles diversos puntos de vista al respecto; además, dado que el centro de atención está constituido por la decisión, se tiende a dejar en la sombra las posibilidades, que también existen y deberían ser valoradas analíticamente, de considerar a la motivación como un fenómeno dotado de características que en gran parte son autónomas respecto de aquellas que le son atribuidas a la decisión.

*b. LA MOTIVACIÓN Y LA CRISIS DE LA DOCTRINA
SILOGÍSTICA DEL JUICIO*

Dicha confusión no tuvo manera de manifestarse en sus principales efectos negativos hasta que entró en vigor la imagen perfectamente decimonónica del silogismo judicial, entendida contemporáneamente como la estructura fundamental tanto del procedimiento de decisión, como de la motivación.¹⁴ De tal manera, bajo el presupuesto de que la motivación fuese, o debiese ser, el resultado fiel y orgánico de la vía seguida por el juez para llegar a la decisión, los problemas de la naturaleza de la decisión y aquellos inherentes a la motivación coincidían perfectamente, y el recurso al esquema silogístico se volvía idóneo para resolverlos a

ambos de manera unívoca. Cuando, por el contrario, se comenzó a poner en evidencia el excesivo simplismo del modelo silogístico, o, más bien, su falsedad como representación de la operación conducida por el juez,¹⁵ el punto de ataque de estas líneas críticas fue, esencialmente, el modo de reconstruir la estructura de la decisión, mientras que fue dejado de lado el aspecto inherente a la motivación; ello constituyó, en esencia, el punto de separación entre los dos órdenes de problemas, si bien no por otra cosa porque, de hecho, ya no fueron tratados en el mismo contexto, y las tesis propuestas en relación con la naturaleza de la decisión ya no fueron consideradas como automáticamente válidas también para definir las características esenciales de la motivación.¹⁶ No sólo, se puede incluso destacar, al menos en el ámbito de una primera aproximación, que la actitud encaminada a hacer coincidir las estructuras de los dos fenómenos (y a considerarlos, por lo tanto, como aspectos de un mismo fenómeno, o a uno de ellos como mera expresión del otro), tal como ocurría con la concepción silogística generalmente acogida hace tiempo, persiste todavía, y está aún presente en aquellos casos, como ocurre con la jurisprudencia prevaleciente, en los cuales es mayor la insensibilidad frente a las críticas radicales que desde varias perspectivas le han sido formuladas a la construcción silogística del juicio. Por el contrario, en los casos en los que tal construcción fue puesta en crisis con relación a la naturaleza del juicio, la individuación de las características de la motivación se planteó como un problema autónomo, respecto del cual se planteaban soluciones también autónomas. El dato de hecho que debe tenerse en cuenta, en todo caso, es que, en tanto que el problema de la motivación entendido por sí mismo no parece haber obtenido respuestas satisfactorias, ningún intento en ese sentido podría tener un buen resultado sin tomar en cuenta adecuadamente la problemática inherente a la estructura del juicio; ello con el sentido de fijar los límites dentro de los cuales dicha problemática, o las soluciones que se le intentan dar, pueden influir sobre el modo en el cual debe ser reconstruida la estructura de la motivación.

El esquema conceptual y abstracto del juicio como silogismo es puesto en crisis, ante todo, por aquellas corrientes de pensamiento que combaten el uso exclusivo de instrumentos de este tipo, característico de la actitud positivista, en la interpretación de la ley: así, a pesar de los elementos de distinción existentes bajo otros aspectos, en general, tanto la denominada escuela del derecho libre,¹⁷ como la así llamada jurisprudencia de los

intereses,¹⁸ convergen en subrayar lo impropio del uso de la figura del silogismo judicial como esquema del juicio. Por otra parte, esta conclusión se deriva, no tanto de la constatación de que el esquema silogístico no pueda ser asumido como representación descriptiva de la realidad del juicio, sino más bien de la propuesta de criterios de decisión que necesitan, para poder ser aplicados, de modalidades de interpretación y de integración de la norma que la volverían idónea para construir la premisa mayor de un silogismo. Además, las opciones que conlleva este tipo de interpretación no serían formalizables bajo un modelo rigurosamente lógico-deductivo.¹⁹ Se trata, en sustancia, no de la demostración de la falsedad de la representación silogística del juicio, sino de la negación de la oportunidad de que el juez opere mediante silogismos, porque ello volvería imposible la realización concreta de los valores en los cuales la interpretación de la ley, y en general la decisión, deberían inspirarse.

La crítica radical a la doctrina del silogismo judicial, no ya en el plano deontológico, sino en el ontológico,²⁰ que ha sido realizada de tal manera de involucrar cualquier posible configuración lógica del juicio, proviene, por el contrario, de aquellas doctrinas que, a pesar de ser muy diversas entre sí por sus orígenes culturales, metodología y objetivos perseguidos, tienen en común la negación de la racionalidad del juicio y, por lo tanto, de la posibilidad de individuar un esquema lógico que se pueda asumir como paradigma general del mismo juicio. De esta manera, a partir de premisas de carácter pragmático, los mayores exponentes del realismo jurídico, tanto norteamericano como escandinavo, niegan decididamente que el juicio descienda de un procedimiento lógico, en el cual sea posible individuar de manera unívoca las reglas que vinculan las premisas con la conclusión, y ponen en primer plano a los elementos extralógicos que inciden sobre la formación de la decisión y que juegan un papel esencial en la determinación de la “realidad” del juicio.²¹

En la cultura jurídica europea, por el contrario, el ataque a las construcciones logicistas del juicio, no parte tanto de la exigencia de descubrir la realidad empírica que subyace a las formas lógicas,²² sino más bien de premisas de carácter filosófico y político que representan la nota dominante a partir de finales del siglo XIX.²³ En Alemania, el surgimiento de la vertiente irracionalista —que tiene una explicación filosófica identificable en la reacción al hegelianismo, al neokantismo y al positivismo, pero que frecuentemente entra en una singular consonancia con la orientación

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

política dominante—²⁴ empujó, por una parte, a diversos autores a poner el acento en los momentos irracionales que están presentes en la decisión, más allá de las formas racionalistas con la cual ésta es motivada;²⁵ por otra parte, produjo, en un nivel más general, una difundida actitud de repulsión frente a las configuraciones logicistas del juicio.²⁶

En Italia, el impulso irracionalista es menos evidente,²⁷ pero el papel dominante que asumen en nuestro panorama cultural el neoidelismo y el espiritualismo, induce a los juristas, reacios a abandonar el tradicional agnosticismo filosófico, a afrontar todavía el problema del juicio con los ya envejecidos instrumentos de racionalización ofrecidos por la silogística, o bien, una vez refutados dichos instrumentos, con una impresionante pobreza y confusión de premisas metodológicas.²⁸ De ello deriva, como consecuencia, que la doctrina del silogismo judicial, mientras que es conservada en la mayoría de las ocasiones de manera puramente dogmática, en ocasiones resulta criticada no para construir modelos racionales del juicio más articulados y evolucionados, sino desde una perspectiva de disolución genérica y superficial disolución de la racionalidad de juicio.²⁹

Al respecto, vale la pena subrayar que la doctrina del silogismo judicial, con todas las características que la hacían un residuo histórico y cultural de corte netamente decimonónico, estaba claramente expuesta a críticas radicalmente destructivas,³⁰ y destinada, a pesar de la notoria viscosidad de los esquemas mentales del jurista, de ver negado su propio valor para representar la realidad del juicio, si no por otra cosa por la necesaria distinción entre la estructura del juicio y la estructura de la motivación. Por el contrario, muchas de las críticas que le fueron hechas a dicha doctrina, incluso en tiempos recientes, borran poco a poco esta distinción y se centran contra el falso objetivo constituido por la configuración silogística del juicio,³¹ no sólo para negar que la realidad del juicio sea sintetizable en un silogismo, sobre lo que no parece se puedan alimentar serias dudas, sino incluso para negar la posibilidad de toda configuración racional del juicio mismo.³²

C. LA MOTIVACIÓN Y LA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICO-POLÍTICA AL JUICIO

A las incertidumbres que derivan de una situación tan compleja, en la cual conviven teorías viejas que son sostenidas por mera inercia cultural y

teorías nuevas que aún no han pasado el filtro de una crítica rigurosa, se han sumado, en los últimos años, otras aún más graves que resultan de plantear el problema de la actividad del juez desde una pluralidad de perspectivas, no siempre rigurosamente jurídicas, pero que no dejan de tener como objetivo la individuación de las características esenciales del juicio.

En parte, dichas perspectivas representan un ulterior nivel de evolución de doctrinas que no son nuevas, y que, en alguna medida, descienden de importantes mutaciones producidas en el modo de configurar la función del juez y la naturaleza de la decisión. Desde un primer punto de vista, las exigencias a las que respondía un cierto realismo rudimentario (especialmente en el ámbito cultural norteamericano), hoy son interpretadas por diversas líneas de investigación que van asumiendo una importancia creciente, con mucho mayor conocimiento científico y con el uso de instrumentos de exploración mucho más sofisticados. A manera de ejemplo se pueden recordar las ya numerosas investigaciones encaminadas a individuar y a analizar los factores psicológicos, sociales y políticos que en concreto influyen a la decisión, tanto en el sentido de determinar cualitativa y cuantitativamente tales factores en el marco de las correlaciones en las que la decisión se inserta como fenómeno social,³³ como en el sentido de la construcción de modelos cada vez más elaborados, capaces de describir con bastante precisión el proceso que lleva a la decisión entendida como fenómeno empírico.³⁴

Desde un segundo punto de vista, y particularmente en Europa, el nuevo elemento que ha trastocado el modo tradicional de entender la actividad del juez está constituido, indudablemente, por la emergencia en términos cada vez más claros y dramáticos (obviamente primero en la realidad político social y después entre los juristas), del problema de los valores en la jurisprudencia: en el momento en el cual el juez deja de ser visto como pura “función” abstracta o como “máquina” neutral, y aparece, por el contrario, como portador de valores ético-políticos y como un protagonista de los conflictos sociales, surge la exigencia de superar las meras afirmaciones de principio sobre el papel de los valores en la interpretación y aplicación de la ley, típicas del enfoque estrictamente jurídico, para abordar el tema con instrumentos metodológicos adecuados; nace, en otros términos, el impulso por estudiar la actividad y la función del juez en dos nuevas direcciones existenciales: la sociológica y la política. De lo anterior resulta la individuación de líneas de investigación que rechazan el acostumbrado punto de vista dogmático abstracto, y ponen en evidencia los componentes metajurídicos que intervienen

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

en la determinación de la decisión, así como las características *lato sensu* ideológicas de la decisión misma. En la primera dirección pueden ser reconducidos estudios diversos, diferentes por el método y por el objeto, pero identificados por el hecho de ser el fruto de las perspectivas “jurídicas” tradicionales que estudian a la decisión como un fenómeno determinado por el contexto de las interrelaciones culturales, políticas y sociales en las cuales ésta necesariamente se circunscribe. En consecuencia, por una parte es la figura del juez, con sus valores y sus ideologías, la que se convierte en el objeto de la investigación sociológica,³⁵ mientras que, por otro lado, el objeto de dicha investigación son las decisiones como expresión concreta, más allá de las coberturas dogmáticas axiológicamente “neutras”, de los valores y de las ideologías de las cuales el juez es portador.³⁶

La segunda dirección, es decir, la del estudio de la función de la actividad del juez en términos políticos, ha sido indicada por algunos estudios aparecidos recientemente en diversos países;³⁷ en Italia, no se han realizado todavía avances relevantes en ese sentido, a pesar de que se ha subrayado de manera cada vez más evidente la exigencia de proceder en esa dirección. Se puede observar, por el contrario, que el debate está esencialmente centrado, todavía, en el punto preliminar inherente a la “legitimidad científica” del acercamiento político a los problemas en cuestión.³⁸ Haciendo a un lado toda ponderación sobre el escaso valor de los argumentos con los cuales se intenta negar el carácter científico y, por lo tanto, la legitimidad de los estudios políticos sobre la justicia (valor que se acerca al cero cuando las ponderaciones de este tipo son usadas en clave terrorista), en todo caso es cierto que un enfoque de este tipo permite individuar en la actividad del juez elementos que no es casual que escapen al filtro jurídico-dogmático, y que, por el contrario, juegan un papel esencial tanto en la formación de la decisión como en su expresión y justificación.

La apertura de las líneas de investigación hasta ahora indicadas brevemente ha contribuido a evidenciar tres factores, que representan respectivamente las características principales del modo en el cual hoy se puede plantear el problema de la motivación.

La primera de esas características es que, junto a la visión tradicional del problema en la óptica rigurosamente jurídica (en sentido dogmático), emerge una multiplicidad de posibles puntos de vista que varían con las diversas líneas metodológicas adoptadas para estudiar la actividad del juez; de aquí se deriva el estado de confusión ya señalado que existe al

respecto entre los juristas en general y los procesalistas en particular, y que es el resultado de las dificultades que se presentan en el momento en el cual se desmorona la exclusividad de las perspectivas tradicionales.

La segunda característica está planteada por el hecho de que las definiciones de la motivación que son expresadas en el ámbito estrictamente jurídico, son totalmente incapaces para resolver los problemas a los cuales nos hemos referido, e incluso ni siquiera proporcionan elementos adecuados para enfocar dichos problemas. Ello resulta bastante obvio si se observa que tales definiciones han sido laboradas regularmente, además de con una escasa profundidad en el plano de los fenómenos jurídicos, con un atención todavía más precaria por las inevitables implicaciones de naturaleza metajurídica que están presentes en la motivación; en todo caso, su rango de operatividad y de validez científica es limitadísimo, y resultan adecuadas únicamente para describir una mínima parte del fenómeno cuyo análisis, por el contrario, pretenderían agotar.

La tercera característica esencial del estado del problema es una consecuencia directa de la segunda, es decir, de la insuficiencia de las soluciones propuestas en el plano rigurosamente jurídico: se trata, en efecto, de la progresiva y cada vez más difundida, aunque no claramente expresada, devaluación tanto de la función institucional que el ordenamiento le asigna a la motivación de la sentencia —especialmente desde el punto de vista constitucional—, como de la posibilidad y de la utilidad de una solución del problema en cuestión desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de la motivación. En esencia, se verifica también en el tema de la motivación una situación frecuente, pero no por ello menos negativa: el acentuado desinterés del jurista en relación con los componentes no jurídicos de los problemas que enfrenta, termina por reducir considerablemente, mucho más de lo que se deriva de la intrínseca complejidad misma de los problemas, el peso de las soluciones que son propuestas en el plano mismo de la investigación jurídica.

2. NATURALEZA DE LA MOTIVACIÓN Y PROBLEMAS DE DEFINICIÓN

De cara a una situación como la que ha sido brevemente descrita, surgen dos cuestiones de fondo respecto del método que debe utilizarse al abordar el tema de la motivación de la sentencia.

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

La primera cuestión es que, a pesar de que se debe conducir la investigación en el sentido de considerar a la motivación como un fenómeno esencialmente jurídico, es necesario integrar las definiciones tradicionalmente propuestas en esta perspectiva, reconstruyendo la estructura de la motivación de una manera más amplia y articulada, que nos permita incorporar en ella también aquellos aspectos del fenómeno que han sido usualmente excluidos de la investigación jurídica (la cual, precisamente a causa de esa exclusión, ha terminado por tener una relevancia bastante precaria). Tales aspectos pueden reconducirse, en una síntesis extrema, a dos filones principales: el que atañe a la particular estructura lógica que debe tener un determinado conjunto de aserciones realizadas por el juez para que pueda cumplir el papel de motivar la sentencia, y el de la colocación funcional que, al interior de esa estructura, tiene el momento axiológico, es decir, el papel jugado por los juicios de valor que el juez necesariamente cumple en el camino que lo conduce a la decisión, y que deben ser expresados, y a su vez justificados, en el momento en el cual la decisión misma es justificada.

También la segunda cuestión de orden metodológico nace de la constatación de la pluralidad de puntos de vista que pueden asumirse para analizar la actividad del juez, y por ello también para estudiar la naturaleza de la motivación. Esta cuestión se refiere a la imposibilidad de determinar una única definición “verdadera”, y por lo tanto necesariamente excluyente de cualquier otra definición diversa, del fenómeno constituido por la motivación. Dicha imposibilidad es al mismo tiempo la consecuencia inevitable de haber asumido una determinada perspectiva metodológica a nivel general, y la premisa con base en la cual se puede escoger un modo correcto de proceder al análisis jurídico de la motivación. La perspectiva general en cuestión está caracterizada por el rechazo de toda definición basada en la *Natur der Sache*,³⁹ que pretenda agotar todas las características del fenómeno definido. Tal rechazo se justifica en tanto que, en particular por lo que hace a los fenómenos jurídicos, no puede considerarse correcto el procedimiento que busca deducir las propiedades particulares del fenómeno de la “naturaleza” del fenómeno mismo: en efecto, o ésta es entendida como algo diverso y existente de manera autónoma respecto a las propiedades referidas, y entonces se realiza una especie de postulación metafísica del fenómeno jurídico, colocando su esencia más allá de lo describible y de lo definible;⁴⁰ o bien la “naturaleza” del fenómeno es

entendida, de manera más rigurosa, como el conjunto de sus características definibles, pero en este caso se cae en un círculo vicioso al pretender deducir las propiedades del fenómeno de su *Natur*.

En el caso de la motivación, aparece con claridad lo inadecuado de dichos métodos definitorios: las definiciones comunes entre la doctrina, que buscan identificar la “naturaleza” de la motivación sin —o antes de— analizar sus características esenciales, terminan por ser, como ya se ha advertido, meras tautologías. Por otra parte, ni siquiera la definición de la motivación a través de la identificación de sus características ha tenido hasta ahora buenos resultados, dado que dicha identificación ha resultado insuficiente tanto al interior de la misma perspectiva estrictamente jurídica, como porque no se ha tenido en cuenta de manera adecuada la necesidad de considerar el fenómeno a través de perspectivas diversas.

De todo lo anterior se desprende una consecuencia del siguiente tipo: descartadas las definiciones de tipo tautológico, la definición unívoca y exhaustiva de la “naturaleza” de la motivación podría solamente ser el resultado de la suma de todas sus características, identificadas a través de todos los puntos de vista posibles. Se trata de un objetivo que es imposible conseguir en concreto, y por lo tanto es necesario reconocer la posibilidad de que sean dadas varias definiciones diversas de la motivación en correlación con las varias perspectivas bajo las cuales ésta puede ser estudiada, todas ellas igualmente válidas en la medida en la que cada una de ellas sea derivada de manera lógicamente correcta de premisas adecuadas. Ninguna de ellas puede ser privilegiada como la definición total del fenómeno, porque cada una resulta ser necesariamente parcial y condicionada por las premisas de las cuales se desprende.

Por lo tanto, dado que el dato relativo a la pluralidad de los enfoques posibles y de la consecuente e irreducible pluralidad de las maneras en que se puede configurar el fenómeno de la motivación, surge de modo preliminar, frente a la decisión de escoger un punto de vista determinado, la exigencia de introducir un orden entre las varias maneras de enfrentar el problema, al menos para poder aclarar cuáles de éstos serán utilizados, identificando así los límites de la investigación que será realizada. Además, siendo superfluo el intento por establecer un criterio ordenador que incluya a todos los enfoques posibles del problema, bastará con establecer un criterio idóneo para fundar una sistematización de los ya numerosos tipos de enfoques que hasta ahora han sido utilizados.

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

3. a. LA MOTIVACIÓN COMO “DISCURSO”

Para volver lo menos arbitraria posible la decisión sobre el criterio ordenador respecto al cual hemos apenas señalado su necesidad, resulta oportuno fundar dicha decisión sobre el único dato empírico que es posible identificar de manera inmediata en la motivación, antes, e independientemente, de adoptar alguna perspectiva metodológica en específico.

Ese dato consiste en el hecho de que toda la sentencia, y por lo tanto también la motivación, es un “discurso”.⁴¹ Tratándose de una expresión que en el uso corriente puede tener connotaciones ambiguas, es necesario indicar de manera más precisa el significado con el cual la asumimos en el contexto de estas reflexiones: con el término “discurso” se pretende designar a un conjunto de proposiciones vinculadas entre sí e insertadas en un mismo contexto que es identificable de manera autónoma.

Siempre en el plano de la constatación empírica, es adicionalmente posible indicar, de manera más analítica, las propiedades de las nociones que hemos utilizado en esta definición muy genérica mediante una mejor articulación del significado de la definición misma:

1. Se trata de un discurso “finito”, en el sentido de que es también finito el número de las proposiciones que lo componen y, en consecuencia, son identificables los límites materiales de su extensión. Ello no implica que pueda ser determinada *a priori* la amplitud de dicha extensión; es evidente que las sentencias están constituidas en concreto por un número de proposiciones que varía dependiendo de los casos en particular; los límites de esa variación, sean los mínimos que los máximos, no son rígidos, sino establecidos en línea de máxima, que puede ser fácilmente derogable —y de hecho es derogada—, por la praxis y por el estilo.⁴² La extensión material de la sentencia depende además, de manera decisiva, del número de las cuestiones que son decididas y de la amplitud con la cual esas decisiones son justificadas, que son a su vez variables dependientes de otros factores, cuya naturaleza y cuyo reflejo sobre tales variables no puede ser identificado de manera cuantitativa.⁴³ El número de las proposiciones que componen la sentencia es pues finito pero indefinido.
2. La segunda característica relevante del discurso que constituye la sentencia está determinada por el hecho de que tiene una estructura “cerrada”. Esta expresión tiene un significado doble: desde un

primer punto de vista, ésta se refiere al hecho de que las líneas esenciales del contenido de la sentencia están fijadas en general por el artículo 132 del Código de Procedimientos Civiles, el cual determina no sólo aquello que la sentencia debe “contener”, sino que indica, a través de las correlaciones implícitas en los contenidos enumerados, el modelo estructural que constituye el paradigma de la sentencia.

Desde un segundo punto de vista, lo “cerrado” del discurso que constituye la sentencia resulta del hecho de que éste, una vez que ha sido expresado y objetivado en forma escrita, queda fijado de manera definitiva, con lo que, en línea de máxima, precluye toda posibilidad de modificarlo o de integrarlo sucesivamente. Esta segunda característica de la sentencia, cuya relevancia es en sí un tanto banal, asume una cierta importancia si se asume la perspectiva de intentar determinar el significado del discurso en cuestión: el hecho de que éste asuma una fijación definitiva e inmodificable desde el momento mismo de su expresión en una forma determinada, implica una escisión entre el discurso mismo y el sujeto que lo emite, es decir, una despersonalización del discurso como consecuencia de su objetivación en forma escrita. En términos más específicos, ello implica que, al momento de individuar aquello a lo que el discurso hace referencia, no es posible utilizar ulteriores integraciones o clarificaciones provenientes del sujeto que lo ha emitido,⁴⁴ con lo que las circunstancias subjetivas y objetivas existentes en el momento en que el discurso fue elaborado y expresado se convierten en algo del todo irrelevantes para ese fin.⁴⁵

Bajo otro aspecto, lo anterior implica que los criterios de individuación de ese significado pueden ser sólo de dos tipos:

- a) Aquellos que es posible desprender del interior del mismo discurso objetivado (considerando su contenido específico, el lenguaje utilizado y cualquier otra modalidad que puede evidenciarse a partir de la observación directa);
- b) Aquellos que pueden ser aplicados desde el exterior, según la libre decisión del observador,⁴⁶ cuyos límites están determinados solamente por la eficacia hermenéutica del criterio utilizado y por la rectitud metodológica de su aplicación al objeto-discurso considerado.

Dentro de estos únicos límites, cualquier criterio de interpretación es evidentemente legítimo y se podrá hablar, por lo tanto, de interpretación jurídica en el caso que sean aplicados criterios jurídicos, de interpretación

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

histórica, política, psicológica, y así sucesivamente, cuando sean aplicados criterios históricos, políticos, psicológicos, etc. Dicha pluralidad, tendencialmente indeterminada por los posibles modos de interpretación de la sentencia debe ser asumida como una característica esencial todo fenómeno lingüístico; al interior de una pluralidad similar no existe algún modo de privilegiar uno u otro punto de vista, además de la libre decisión en torno al método tomada por el observador y, por el contrario, en el caso de la sentencia, el único modo de análisis que resulta de hecho excluido es la referencia a la interpretación “auténtica” del discurso-sentencia por parte de quien lo ha emitido.⁴⁷

b. LA MOTIVACIÓN COMO CONJUNTO ORDENADO DE PROPOSICIONES

Ya hemos visto que indicar la realidad empírica de la sentencia en el discurso significa decir que aquella está constituida por un conjunto de proposiciones. Aunque la proposición no sea en absoluto la más pequeña entidad lingüística significativa,⁴⁸ y que pueda ser, al contrario, considerada a su vez como un conjunto bastante amplio de entidades significantes, es posible asumir a la proposición, sin embargo, para los fines que nos ocupan, como el elemento “atómico” que constituye el contexto-discurso que debemos analizar.⁴⁹ Se trata, como es obvio, de una mera hipótesis convencional, con base en la cual se propone no llevar el análisis (como escisión progresiva) de los elementos del discurso que se está considerando, más allá del nivel constituido por las proposiciones; lo anterior porque implicaría complicaciones excesivas, pero también porque significaría entrar en el campo de la semántica general, abandonando el que está constituido por el examen de un tipo particular de discurso.

Una vez asumida la proposición como elemento atómico del conjunto que se está considerando, se debe intentar individuar a las características que se consideran relevantes para definir a dicho elemento de cara al análisis de la motivación.

1. Son del todo irrelevantes las características puramente gramaticales que, desde el punto de vista que hemos adoptado, no tienen ningún valor distintivo. Para los fines definitorios son igualmente irrelevantes también las características de la sintaxis,⁵⁰ dado que

no es relevante distinguir a los tipos de proposición sobre la base de la estructura de su sintaxis. Las proposiciones en cuestión pueden ser analizadas con los instrumentos que proporciona la teoría lógica de las proposiciones, pero éstos no son útiles para identificar un “tipo” de proposición característico del discurso que estamos examinando, que presenta, por el contrario, la misma variedad de formas que está presente en el discurso común.⁵¹

2. Como consecuencia de lo anterior, el criterio que puede ser aplicado de manera más oportuna para individuar la proposición desde el punto de vista que nos interesa, es el que se refiere al “contenido” o al “objeto” de la proposición: en tal sentido, se define como proposición al conjunto de entidades lingüísticas que expresa un “juicio”⁵² sobre una cosa, un estado de cosas, una persona, o en general un objeto material o inmaterial. Desde el punto de vista lógico, constituye el sujeto al cual le es atribuido un predicado (en el sentido lógico, amplísimo, del término), dado que la estructura fundamental de la proposición consiste en la instauración de un vínculo entre un sujeto y un predicado.⁵³ Al ser definida la proposición de esta manera, puede ser utilizada una amplia serie de sinónimos (enunciado, aserción, afirmación, juicio, etc.), cuyo uso es legítimo a cambio de que se identifique con suficiente precisión el significado, y de que se aclare en cada ocasión si con tales expresiones se pretende designar a la entidad lingüística que expresa el juicio, o bien al juicio que es expresado. Resulta útil, además, precisar que la definición que se propone, en su generalidad extrema, prescinde de cualquier tipificación posible con base en la naturaleza del sujeto, del predicado o del juicio de que se trata, de lo que se desprende el uso correcto del término “proposición” y de sus sinónimos para indicar juicios abstractos y concretos, particulares y universales, de realidad y de valor, verdaderos y falsos, etc. Ello implica, por un lado, la posibilidad de hablar de proposiciones de diversos tipos a partir de la naturaleza del juicio que éstas expresan, y, por otro lado, la imposibilidad de vincular el uso correcto del término sólo a uno o a algunos de esos tipos; de manera igualmente obvia, se desprende lo irrelevante de las peculiaridades expresivas o estilísticas de la proposición.

Para concluir las consideraciones generales que hasta ahora hemos realizado en torno a las características de la sentencia entendida como

discurso, debe subrayarse el hecho de que la reconstrucción de su estructura implica dos perfiles complementarios entre sí: por un lado, es necesario proceder a individuar los tipos de proposición, o de juicio, que constituyen el discurso a partir del contenido que puede serle atribuido al discurso mismo. Dado que el contenido de la sentencia sigue un modelo que puede ser identificado en línea de máxima —mismo que puede ser delineado con base en los artículos 132 y 277 del Código de Procedimientos Civiles—, dicha tipificación puede ser realizada analizando la naturaleza de los juicios que el juez expresa al enunciar tanto la decisión como las razones que la justifican. Por otro lado, dado que un análisis de este tipo sólo permitiría formular una especie de catálogo clasificatorio de los elementos que integran a la sentencia como un conjunto de entidades lógico-lingüísticas, es necesario proceder a realizar también un análisis estructural de ese conjunto que nos permita poner en evidencia las correlaciones que existen entre las proposiciones de diverso tipo, lo que implica hacer referencia a la función peculiar que se atribuye al discurso en su conjunto y, además, a las diversas partes en las cuales puede ser subdividido.

Lo anterior significa concebir a la sentencia como un conjunto *ordenado* de proposiciones, o bien, como un contexto estructurado, en donde el criterio de orden o de estructuración se desprende precisamente de la función que busca desempeñar el discurso.⁵⁴ Resulta claro entonces que los enfoques analítico y estructural interactúan entre sí, ello es así porque, si bien en la individuación de la naturaleza de las proposiciones que entran en el contexto que examinamos influye necesariamente su colocación y función lógica dentro de ese contexto, por otra parte, la individuación de la estructura típica del contexto mismo depende necesariamente de la naturaleza de las proposiciones que lo componen.

Los diversos problemas que surgen al interior de una perspectiva de este tipo serán examinados más de cerca enseguida, cuando trataremos de identificar en concreto la estructura lógica de la motivación;⁵⁵ por ahora es necesario poner en evidencia el hecho de que, mientras que la ruta de la investigación antes indicada resulta —por razones que también aparecerán más adelante—, más ventajosa para la reconstrucción del fenómeno jurídico de la motivación, ésta no es, sin embargo, la única posible ni tampoco la única útil. De ahí se desprende la necesidad de tomar en cuenta también los otros puntos de vista posibles, una vez que ha sido aclarado el panorama de los diversos aspectos bajo los cuales puede ser estudiada la motivación.

4. PERFILES DE ANÁLISIS SEMIOLÓGICO DE LA MOTIVACIÓN

El haber identificado como punto de partida el dato consistente en que la motivación es un conjunto de entidades lingüísticas representadas por proposiciones, permite aplicarle a ese dato un grupo de conceptos que la semiología ha elaborado, aunque no necesariamente de manera completamente orgánica, en el ámbito del análisis general de los fenómenos lingüísticos. El uso de esos conceptos está legitimado por el hecho de que la motivación es un fenómeno que se sitúa en el ámbito de los sistemas comunicativos que utilizan instrumentos verbales (de donde se desprende el calificativo antes propuesto de “discurso”), y por lo tanto puede ser examinada desde el punto de vista semiológico en cuanto se trata de un instrumento de comunicación y, más específicamente, desde el punto de vista lingüístico, ya que la comunicación se da necesariamente a través del “lenguaje de las palabras”. El uso de los conceptos mencionados responde a la intención de hacer emerger determinados aspectos del fenómeno que en parte son olvidados y en parte ponen en crisis a los métodos de investigación comunes entre los juristas, y que, sin embargo, se presentan como esenciales —como debería resultar— para la reconstrucción misma de los aspectos jurídicos de la motivación.

Debe señalarse también de manera preliminar que, siendo la motivación un “conjunto” de elementos lingüísticos, y también por elementales razones de claridad en la exposición, conviene conducir por ahora nuestra investigación en el nivel del elemento componente, remontándonos al conjunto sólo cuando esto nos proporcione elementos de relevancia para el análisis del elemento en particular; ello es así porque el discurso global sobre la estructura del conjunto será desarrollado más adelante.⁵⁶

Lo anterior implica, ante todo, que debemos considerar bajo el perfil semiológico a la proposición que es asumida como un elemento atómico de la motivación, a la que le resulta apropiada la definición de “signo”, como un trámite esencial del proceso comunicativo. En todas sus implicaciones, esa noción es, por decir lo menos, problemática;⁵⁷ por otro lado, no es necesario en este momento profundizar sobre las diversas cuestiones que se presentan al respecto, y resulta oportuno, al contrario, adoptar una definición de “signo” que sea al mismo tiempo simple y útil para el análisis de la motivación.

La definición propuesta en su momento por Saussure⁵⁸ presenta estos requisitos, además de que representa el punto de referencia de la mayor

parte de las teorías semiológicas desarrolladas en Europa.⁵⁹ De acuerdo con dicha definición, “signo” es una noción de carácter relacional, en la medida en la que consiste en la unión de un significante con un significado. Para limitar el discurso solamente a los signos verbales que aquí nos interesan, debemos entender por significante la entidad lingüística (palabra, serie de palabras, frase, serie de frases, discurso) que constituye el instrumento material del proceso de comunicación, o, más propiamente de significación. Viceversa, por significado debe entenderse el contenido de la significación, es decir, el pensamiento, el concepto, la aserción o, en todo caso, la información que se pretende comunicar mediante la expresión lingüística que constituye el significante. Que un signo sea la unión de significante y significado implica, además, que ninguno de esos dos términos puede agotar por sí mismo la definición de “signo”: por un lado, dado que el signo es el medio a través del cual se realiza el proceso de significación, no es posible reducir el concepto de signo al de significante, rompiendo la correlación entre este último y el significado, ya que en este caso el significante sería desvinculado de la función que lo define como tal. Por otro lado, no es tampoco posible reducir el concepto de signo al de significado, dado que, más allá de la correlación entre significante y significado, este último no podría ni siquiera plantearse como tal.

Evidentemente, el signo al estar constituido por la correlación entre dos entidades, abre el camino a la posibilidad de analizar preferentemente una u otra,⁶⁰ y de esta manera, se explica la existencia de teorías encaminadas a definir los criterios de individuación del significado (semántica) o a individuar las características esenciales del significante (semiología en sentido estricto); ello no implica, sin embargo, la ruptura del vínculo que reúne, en el nivel de una teoría general, a las dos nociones del concepto de signo.

a. Las situaciones de interpretación

De esta manera, al definir el signo como la relación que realiza el proceso de significación,⁶¹ es posible individuar la estructura de los signos lingüísticos de la proposición, asumida como un elemento atómico del discurso-motivación. Ante todo, es evidente que la misma motivación, y por lo tanto también las proposiciones que la componen, consideradas individualmente, juegan una función de comunicación —es decir, representan el medio a través del cual se realiza un procedimiento de significa-

ción— que, incluso, puede considerarse como realizada por la sentencia entendida de manera global. Suponiendo que sea posible atribuir a una cualquier entidad la función de signo sólo en el caso de que se verifique una situación en la cual subsistan todos los presupuestos para el desarrollo de dicha función (caso en el cual la definición de “situación de los signos” permite identificar el conjunto de condiciones necesarias y suficientes para la existencia de una función-signo), es posible identificar la existencia de situaciones de este tipo inherentes a la sentencia.

También con un análisis bastante superficial, que es suficiente para nuestros fines, es posible identificar incluso una serie de situaciones de los signos diversas, en las cuales la sentencia, o uno o varios de sus elementos asumen la función de signo. Los factores determinantes de una situación de los signos son proporcionados esencialmente, además de por el signo mismo, por la presencia de un sujeto que “interpreta” o se “beneficia” de un determinado objeto en calidad de significante, atribuyéndole un significado, y por los criterios de interpretación que ese sujeto utiliza para “decodificar”⁶² el signo, es decir, para individuar el significado que se le quiere atribuir al mismo.

De esta manera, tenemos que la sentencia (y por lo tanto también la motivación y las proposiciones que la componen) puede ser interpretada como un signo, principalmente cuando se verifique alguna de las siguientes situaciones:⁶³

1. Las partes del proceso (y de manera análoga, todos los otros sujetos directamente interesados en el resultado de la litis) interpretan la sentencia como el signo que comunica la decisión, y la motivación como el signo que comunica las razones de la decisión. Los criterios que las partes utilizan para individuar estos significados son, ante todo, los cánones de interpretación del lenguaje ordinario, integrados por cánones de interpretación del lenguaje jurídico técnico. En el nivel de verdadera y propia “interpretación” de la sentencia se desarrolla todo el conjunto de operaciones hermenéuticas encaminadas a identificar el contenido objetivo de la decisión, teniendo como principal punto de comparación las pretensiones propuestas por las mismas partes, y a descifrar las conexiones que existen entre la decisión y los motivos.⁶⁴
2. El juez de alzada considera a su vez como signo la sentencia impugnada, utilizando en el nivel de lectura los mismos cánones de interpretación del lenguaje ordinario y del lenguaje técnico-jurídico, que a su vez utilizan las partes. Es también análogo el nivel que se refiere

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

a la individuación del contenido de la decisión, con la diferencia de que el término de comparación principal está representado por las demandas planteadas como motivo de la impugnación, sobre cuya admisibilidad y fundamentación deberá decidir el juez.

3. También el público en general puede considerar a la sentencia como signo, y también en este caso el nivel de lectura está condicionado por el uso de adecuados cánones de comprensión del lenguaje en el cual está expresada la sentencia.⁶⁵ En donde este tipo de situación se diversifica profundamente respecto de las que son aplicadas típicamente por las partes o por el juez de alzada, es, al contrario, en la naturaleza de la interpretación de la sentencia. Al respecto, mientras que las partes y el juez utilizan criterios que todavía son de manera prevaleciente técnico-jurídicos (en relación con las pretensiones, con el objeto de procesos, y así sucesivamente), el público utiliza prevalentemente criterios de naturaleza distinta, en la medida en la que tiende a ver en la sentencia no tanto la mera solución jurídica de la litis, sino la elección ético-política (es decir, la toma de posición bajo el perfil de la “justicia sustancial”, o de la equidad, o de la solución del conflicto de intereses concreto del cual surgió la litis), que subyace a la decisión. Desde este punto de vista, los criterios de interpretación de la sentencia, y por lo tanto el control y el juicio sobre la elección realizada por el juez, están representados evidentemente por los valores prevalecientes entre el público en el momento y en el lugar en el cual ocurre la interpretación. En términos menos genéricos, y reduciendo la abstracción que está implícita en la idea de “público”, ello significa que la sentencia es interpretada y juzgada a partir de los valores que son asumidos como propios, en una determinada situación histórica y sociopolítica, por la clase o por el grupo social al interior del cual la sentencia es considerada como “significativa” desde el plano de los juicios de valor.
4. Una consideración específica la merece también la situación de los signos que se presenta cuando la sentencia es interpretada por el estudioso, no tanto porque el punto de vista que éste adopta tenga características de una originalidad particular frente a las tres situaciones hasta ahora delineadas, sino porque, al contrario, éste es, en línea de máxima, ambiguo y polivalente. En efecto, la actitud interpretativa del estudioso puede, de vez en cuando, asumir ca-

racterísticas análogas a la de las partes o a la del juez, o bien, por el contrario, a la del así llamado público, dependiendo de la selección implícita o explícita del método que el estudioso necesariamente tiene que hacer en el momento en que busca establecer el significado de la sentencia. Así, por ejemplo, puede haber optado por una aproximación rigurosamente “jurídica” (en el sentido estricto y limitativo del término), y entonces la actitud del estudioso mostrará fuertes analogías con la de alguna de las partes o la del juez de alzada. El momento que distingue la perspectiva del jurista (y que lo coloca en una relación de mera analogía, que no de identidad, con la de alguna de las partes o la del juez) es probablemente la consideración de la sentencia al interior de una teoría general (como una confirmación o bien como una excepción de la misma), o, en todo caso, la atención por los elementos de relevancia teórica general presentes en la sentencia; pero ello, si bien indica por una parte el uso de un criterio adicional de interpretación jurídica de la sentencia, de cualquier manera trasciende el problema de la individuación del significado propio de la decisión en particular.

Además, en la medida en la que el estudioso no pretenda asumir una aproximación al problema jurídicamente “pura”, o en la que considere que dicha aproximación resulta infructuosa si se asume una postura diversa —o sea, asuma deliberadamente una actitud de análisis ético-político de la sentencia—, se actualiza una situación fuertemente análoga con la que hemos delineado en el punto 3), en la cual asume una función preeminente, como criterio de interpretación y valoración de la sentencia, el sistema de valores que el observador considera válido en el momento en el que actúa, o bien el de los valores que él considera deben ser considerados como reglas de juicio y comportamiento. También en este caso la relación entre la actitud del estudioso y la que hemos considerado “del público” es sólo de analogía y no de identidad; ello es así, o bien porque en la primera puede hacerse una convergencia y una síntesis entre criterios jurídicos y metajurídicos de interpretación y valoración, mientras que en el segundo el uso de criterios estrictamente jurídicos tiene un papel muy limitado, o bien porque entre los criterios metajurídicos que el estudioso puede utilizar pueden incluirse también criterios de carácter histórico, sociológico, psicológico y científico, mientras que la valoración del público tiende a centrarse esencialmente en el perfil ético-político.

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

b. La motivación como indicativo lingüístico
en sentido propio

La sintética tipología de las situaciones en las que la sentencia cumple una función de significación que hemos esbozado, impone una constatación que pone en evidencia un aspecto muy relevante del problema que nos ocupa. Los tipos de situaciones antes delineados, y que corresponden a los diversos modos de lectura y de interpretación de la sentencia, encuentran su principal elemento de diferenciación en el hacer referencia a diversas reconstrucciones del contenido, es decir, del “significado” del discurso que expresa la sentencia; en otras palabras, “lo que la sentencia significa” varía dependiendo de que ésta sea leída bajo la perspectiva de la parte, del juez, del público en general o del estudioso, teniendo presente que especialmente en el caso de este último, aunque de manera más limitada en los demás, puede existir una pluralidad de lecturas y, por lo tanto, de significados posibles. Dicha posibilidad de variaciones del significado de la sentencia no implica que ésta cambie su propia naturaleza con el cambio de situaciones, sino que es una consecuencia del hecho de que, a partir de un significado determinado, a éste se le pueden atribuir significados diversos mediante el uso de distintas reglas de interpretación. En consecuencia, los diversos significados constituyen el conjunto de las potencialidades de la entidad lingüística, y, por lo tanto, están implícitos en ella; cada uno de ellos es identificado y, por lo tanto, hecho explícito (y, en esencia, privilegiado frente a los demás, que se mantienen indeterminados), como consecuencia de la aplicación de uno u otro criterio interpretativo.

Una situación de este tipo nos lleva, por un lado, a la discusión ya anticipada en torno a la imposibilidad teórica de una definición global y exhaustiva de la “naturaleza” de la motivación, más aún si por lo que “es” la motivación se entiende lo que la motivación “significa”. Por otro lado, la situación delineada de ese modo hace resurgir el problema esencial, preliminar a todo estudio sobre la motivación, que tiene que ver con la racionalización de la elección del criterio de análisis y de interpretación que se pretende adoptar.

Una primera indicación en este sentido la proporciona el hecho de que la constatada pluralidad de criterios de interpretación de la sentencia y de los significados que a ésta se le pueden atribuir de manera correlativa, parece poder organizarse en torno a una distinción entre dos

diversos modos de concebir a la sentencia como un signo, mismos que, para poder ser identificados, hace conveniente remitirse a un importante punto de la teoría general de los signos.

Lo anterior está vinculado con la individuación, al interior del concepto general de signo, de dos nociones más específicas, que requieren una definición analítica a partir de sus respectivos elementos de discriminación. Se trata de las nociones de “signo en sentido estricto” y de “indicio” (o “síntoma”).⁶⁶ La respectiva diferenciación se remonta, precisándola, a la antigua distinción entre *signum ad placitum* y *signum naturale*,⁶⁷ y se refiere esencialmente a la presencia, en los “signos en sentido estricto”, de un carácter del que carecen los “indicios”, y que está representado por la “voluntad de significar algo”, que constituye al mismo tiempo la condición peculiar de quien propone un signo en sentido estricto y el criterio-guía al que se atiene —o debería atenerse— el intérprete.⁶⁸

En la medida en la que dicha “voluntad” representa el criterio ordenador y el criterio interpretativo del discurso, emerge un carácter esencial de los significados que éste expresa si es comprendido como conjunto de signos en sentido estricto, es decir la “convencionalidad”.⁶⁹ Ésta, en esencia, consiste en el hecho de que el intérprete, si quiere individuar el significado propio del discurso, debe referirse a aquellos cánones que han sido utilizados presumiblemente por quien ha planteado el discurso.

En el caso de la sentencia, ello implica que el intérprete haga uso de las reglas inherentes al uso del lenguaje común o técnico-jurídico, además de tomar en cuenta otros factores (como por ejemplo las demandas de las partes) relevantes en relación con la determinación del significado de las aserciones del juez.

Es obvio, por otra parte, que el principio de convencionalidad no opera de manera absoluta, sino en un sentido funcional, es decir, como condición para que el intérprete pueda atribuirle a la sentencia ese significado particular que el juez pretendió conferirle. En consecuencia, la interpretación misma de la sentencia resulta imposible o equivocada en la medida en la que el juez, al plantear su propio “discurso”, no haya seguido los cánones convencionales del uso del lenguaje común o jurídico, o cuando el intérprete no haga un uso correcto de esos cánones, o en todo caso, prescinda de la “voluntad” que guió su aplicación concreta por parte del juez.⁷⁰

En todo caso, sin embargo, no debe sobrevalorarse el peso que la referencia a la “voluntad de significar” del juez asume en el contexto de

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

la valoración de la sentencia. Por un lado, en efecto, no se puede tener una coincidencia absoluta entre el significado “querido” y el significado efectivamente expresado, y ello sucede en la medida en la cual la voluntad no se haya traducido en un dato semántico que puede objetivamente ser individuado desde el exterior,⁷¹ a causa del mal uso de las reglas lingüísticas convencionales o de su ambigüedad y polivalencia intrínseca. En tal caso, a falta de toda posibilidad de verificar *a posteriori* la verdadera voluntad del juez, el significado mismo de la sentencia está dado exclusivamente por el significado que se expresa en la misma. Por otra parte, puede incluso haber discrepancia entre el significado que se expresa y el significado individuado por un intérprete particular, dado que los cánones convencionales de interpretación conllevan márgenes bastante amplios de ambigüedad y de indeterminación.

A pesar de todo ello, por otra parte, la intencionalidad que subyace a la creación y al uso de un signo lingüístico propio, y la convencionalidad de los cánones interpretativos a los cuales aquella remite, continúan manteniéndose como el trámite de vínculo indispensable entre los dos polos del proceso comunicativo que se da a través del discurso del que se compone la sentencia, aún cuando no se garanticen en absoluto la unidad de los significados queridos, expresados e individuados por el intérprete.

c. La motivación como fuente de indicios

Habiendo delineado las características generales del concepto de signo en sentido estricto y de sus condiciones de aplicabilidad a la sentencia, intentaremos ahora definir el concepto semiológico de “indicio” o “síntoma”,⁷² y de establecer si, y en qué modo, éste sea utilizable para una diversa definición semiológica de la sentencia.

Las características distintivas del concepto de indicio, que son relevantes para diferenciarlo del signo en sentido estricto al interior de la noción general de signo, consisten esencialmente en la inexistencia de una intención de comunicar algo con un cierto significado por parte de un sujeto, y en la consiguiente no convencionalidad de los criterios interpretativos mediante los cuales el intérprete individúa el significado de este particular tipo de signo.

La naturaleza de ese tipo de características, definidas, como puede verse, a partir de la exclusión, se aclara mejor si recordamos que el princi-

pal tipo de indicio o síntoma es identificado, en el ámbito de la semiología general, como un evento natural, o en todo caso material, al cual un observador le atribuye un significado aplicando *ex post* criterios de interpretación adecuados,⁷³ y transformando por lo tanto en un signo a un objeto o evento que, considerado *ex ante*, no tiene en sí ninguna función significante.

La interpretación del indicio, por lo tanto, resulta estar desvinculada de cualquier criterio voluntarista y convencional, y depende exclusivamente de la aplicación de los cánones que el intérprete escoge de manera sustancialmente libre, siendo que una eventual calificación de tales cánones depende sólo de la eficacia eurística que los mismos demuestran tener *a posteriori*.⁷⁴ Es más, en última instancia, una elección preventiva entre los diversos criterios de interpretación puede no ser indispensable, dado que, en línea de máxima, un mismo evento puede ser interpretado útilmente a partir de cánones diversos y, por lo tanto, como fuente de diversos significados.

Habiendo definido de manera sintética al indicio bajo el perfil semiológico, debemos establecer si dicha noción resulta aplicable, y con qué resultados, a la sentencia y a sus componentes.

Al respecto, la doctrina semiológica no ofrece elementos relevantes dado que generalmente ha concentrado la definición del concepto de indicio en la referencia a los signos así llamados naturales, en tanto que ha estudiado los signos lingüísticos a la luz del concepto de signo en sentido estricto. Sin embargo, resulta bastante evidente que también la sentencia, al igual que todo signo lingüístico complejo, puede ser interpretada, en presencia de una situación signica adecuada, como fuente de indicios. En esencia, eso es lo que ocurre todas las veces que un sujeto interpreta un discurso no sólo y no tanto con la finalidad de establecer lo que el autor intenta comunicar, sino más bien con la finalidad de individuar otros hechos (que no han sido expresados directamente), como por ejemplo el estado psicológico, el nivel cultural, las opiniones, el estado social del autor, o bien juicios, valoraciones y actitudes que influyen sobre el discurso aun cuando se mantienen “detrás” de su significado estricto e inmediato. Se trata, como es fácil observar, de un modo de uso del discurso tan común y difundido que resulta superflua toda demostración ulterior.

En este contexto nos interesa solamente aclarar que este tipo de interpretación de una cualquier entidad lingüística, y por lo tanto también de la sentencia, se da esencialmente de dos modos diversos, las cuales se relacionan con situaciones signicas diferentes.

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

El primero de esos modos presupone que el significado propio del discurso ya ha sido individuado, de acuerdo a lo que hemos señalado antes (en el inciso *b*), y que sea justamente ese significado el que es considerado como indicio. Ello ocurre todas las veces que se formula una ilación respecto de cualquier circunstancia, a partir de una aserción —que no tenga por objeto la misma circunstancia— proveniente de un sujeto determinado.

El segundo modo de interpretación de un indicio lingüístico se define en la medida en la que, aun pudiendo o debiendo ser determinado el significado mismo de la expresión lingüística en cuestión, lo que en realidad es asumido como indicio idóneo para fundar ilaciones sobre otras circunstancias son las peculiaridades estilísticas, lógicas, sintácticas, etc., del discurso.

Debe precisarse en todo caso que, mientras que las dos situaciones pueden ser definidas de manera autónoma como hipótesis “puras”, en concreto pueden verificarse casos de confusión o de superposición entre los dos modos interpretativos del discurso como fuente de indicios. De esta manera, si el significado propio del discurso puede hacer emerger algunas de sus peculiaridades estructurales relevantes, por un lado, por otro lado estas últimas pueden provocar que el significado propio del discurso pueda ser utilizado en función del indicio.

d. Situaciones de interpretación y significados de la motivación

Establecida de manera general la posibilidad de interpretar al signo lingüístico ya sea en función del signo en sentido estricto o bien en función del indicio, es necesario determinar ahora de qué manera y con cuáles consecuencias dicha distinción pueda operar en el caso específico en el que el signo en cuestión sea la sentencia, o, más específicamente, la motivación o una o más proposiciones que están comprendida en ella.

La distinción en cuestión es relevante en el sentido de que favorece una mejor identificación y una clasificación genérica de las “lecturas típicas” a las cuales puede ser sometida la sentencia, a partir del punto de vista característico de los diversos observadores. Así, la lectura correspondiente al punto de vista de la parte acusada, y análogamente la que corresponde al punto de vista del juez que conoce de la impugnación,

pueden ser reconducidas dentro del esquema de la situación en la cual el discurso del juez es aprovechado como un signo en sentido estricto, en la medida en la que en estos dos casos el “contenido” de la sentencia es identificado esencialmente con la “voluntad de significación” del juez que la ha pronunciado, y con base en cánones de interpretación de naturaleza convencional (como las reglas del uso del lenguaje común y técnico-jurídico, el sistema de conceptos jurídicos aplicables al caso, las demandas formuladas por las partes, etc.).

Al contrario, la situación que se verifica cuando la sentencia es “leída” por aquello que hemos convenido en llamar “público”, parece poder reconducirse al esquema del signo lingüístico interpretado como indicio, en la medida en la que de la identificación del significado de la sentencia se parte para identificar otros “hechos”, como las preferencias ideológicas, éticas o políticas que subyacen a la decisión pero que no han sido expresadas como las razones de la misma decisión. Desde este punto de vista se puede además observar que la valoración crítica de la sentencia no consiste en un simple juicio en torno a la coherencia o al contraste entre la sentencia misma y los valores propios del intérprete, sino que pasa a través de un momento en el cual, a partir del contenido de la sentencia asumido como indicio, se reconstruyen las selecciones no expresadas que el juez ha realizado; de esta manera, la valoración crítica termina por desembocar en la confrontación entre esas selecciones y los valores que las han inspirado, y las selecciones que el observador habría realizado en lugar del juez de acuerdo con los valores-guía del grupo social al cual él mismo pertenece o que, en todo caso, asume como reglas de valoración.⁷⁵

En la hipótesis ulterior en la cual el observador no personifica el punto de vista del público, sino el del estudioso, se abre una serie de posibles lecturas de la sentencia, contextuales o alternativas, en las cuales están comprendidas situaciones que corresponden a todos los tipos examinados: la sentencia puede entonces ser interpretada como un signo en sentido estricto si el estudioso pretende individuar su significado a partir de cánones convencionales adecuados (y en este caso tendremos una interpretación jurídica en sentido estricto de la sentencia), o bien aquella puede ser interpretada como indicio según el primero de los esquemas antes examinados, si el estudioso busca extraer de su contenido inferencias en torno a otros hechos (como la personalidad del

juez, las selecciones implícitas que realizó, los condicionamientos que han influido sobre la decisión, etc.), o bien, finalmente, la sentencia puede interpretarse como un indicio con base en el segundo de dichos esquemas, si las inferencias son sacadas no tanto del contenido específico de la sentencia, cuanto de las características estructurales que la misma presente como entidad lógico-lingüística.

Si además el signo lingüístico que es tomado en consideración no está constituido por la sentencia en su totalidad, sino sólo por aquella parte del discurso que convencionalmente se llama motivación, la pareja de conceptos “signo en sentido estricto” - “indicio” no sólo sirve para introducir una determinada clasificación de los posibles puntos de vista, sino que hace emerger una característica muy importante, que está presente en algunos de esos puntos de vista, mientras que puede faltar en otros. Comprender a la motivación como un signo en sentido estricto implica, con base en lo que ya hemos señalado en varias ocasiones, ponerse en la perspectiva de individuar el significado a partir de determinados cánones de carácter convencional, que permiten el vínculo entre la “voluntad de significar” del juez, y el intérprete. En el caso de la motivación, junto a los ya indicados cánones lingüísticos y conceptuales, asume una importancia fundamental el canon representado por la *función* del discurso,⁷⁶ es decir, por el hecho de que la finalidad de la motivación está determinada por el objetivo de proporcionar una justificación racional a la decisión.

No es preciso alargarse en ejemplificaciones para demostrar que el significado (en sentido estricto y genérico) de un discurso depende del contexto en el cual éste se inserta y por la función que el mismo cumple dentro de ese contexto; ello es así porque la función influye sobre las modalidades estilísticas y sobre la estructura lógica del discurso, y porque el respectivo contenido se presenta “orientado” de manera diversa según la función o la finalidad que el discurso en sí persigue al interior de un contexto determinado.⁷⁷ Por lo tanto, mientras que la interpretación de la motivación como signo en sentido estricto encuentra su carácter dominante en la referencia a la función justificadora de la motivación, lo que caracteriza a la interpretación de la motivación como indicio es justamente el hecho de que este criterio funcional no asume un papel particularmente relevante e, incluso, puede llegar a ser descuidado. Por ejemplo, si se quiere asumir como indicio el hecho de que el juez haya fundado su decisión sobre ciertos motivos, y no sobre otros que habría podido o debi-

do atender, el vínculo motivación-decisión entra en juego pero sólo como criterio adicional y subsidiario de análisis, mientras que el criterio esencial, no convencional, resulta ser aquél que permite reconstruir las razones del comportamiento del juez. Si, viceversa, se asume a la motivación como indicio a partir del cual se puede remontar a las selecciones ético-políticas implícitamente realizadas por el juez, o a la individuación de los factores metajurídicos que han influenciado su decisión, el nexo funcional entre motivación y decisión termina por no ser otra cosa que un simple dato de hecho, el cual puede ser considerado en diversa medida, pero que no juega un papel relevante en la determinación del significado que el observador pretende vincular al indicio. Si, finalmente, lo que se asume como indicio no es tanto lo que el juez dice en la motivación, sino una determinada característica del modo como lo dice (como por ejemplo, el uso de ciertas formas lógicas, o un cierto modo de estructurar la argumentación, etc.), la operación encaminada a establecer el significado de un indicio de este tipo puede incluso prescindir completamente de la consideración de que aquel discurso estaba encaminado a explicitar las razones de una cierta decisión en una determinada controversia.

De estas consideraciones se confirma una conclusión de orden general: la motivación es asumida como signo en sentido estricto cuando su significado está establecido con base en cánones convencionales, y principalmente con base en la relación funcional de justificación existente entre ella y la decisión; cuando la motivación es asumida como indicio, la individuación de su significado no se da con base en la función que la misma juega en el contexto de la sentencia (descuidándose para ello el vínculo motivación-decisión), sino según criterios diversos, extrínsecos y no convencionales, que son escogidos *ad hoc*, en cada caso, por el observador. Resulta claro, entonces, que dependiendo de que se verifique una u otra situación, cambia también el resultado de la operación de “lectura” de la motivación, es decir, el significado que se le atribuye a la misma: si la motivación es asumida como signo en sentido estricto, el significado relativo está constituido por las razones que el juez ha enunciado como sostén de la decisión; si aquella es asumida como indicio, el significado relativo está constituido por las conclusiones que el observador saca en relación con hechos diversos de las razones que son expresadas en la decisión.

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

5. NATURALEZA DE LA MOTIVACIÓN Y MÉTODO
DE LA INDAGATORIA

En la exposición precedente, la dupla conceptual de signo en sentido estricto y de indicio, en la medida en la que es aplicable al discurso que constituye la motivación, ha demostrado ser útil tanto para encauzar una investigación en torno a la motivación a partir de su característica como entidad lingüística, como para ser un criterio que plantee criterios de orden respecto del conjunto de posibles puntos de vista bajo los cuales la motivación puede ser analizada. Su uso con una función heurística permite además superar el nivel meramente descriptivo dentro del cual se corre el riesgo de tener que producir percepción empírica del fenómeno de la motivación, y dar paso a una fase de análisis y de reconstrucción de su estructura, en la perspectiva de la pluralidad de funciones lógico-semánticas que el mismo puede permitir.

El problema relacionado con la naturaleza de la motivación tiende, de esta manera, a perder las connotaciones de unilateralidad y de postulación ontológica que frecuentemente presente, y evita el peligro de reducirse a juego de tautologías. Si lo que hemos venido sosteniendo antes tiene alguna utilidad, ésta consiste justamente en confirmar que el problema no están en tener que definir “la” naturaleza de la motivación, sino más bien en el individuar las características que este fenómeno presenta en los diversos significados funcionales que pueden serle atribuidos. De lo anterior se desprende, precisamente, que de la motivación emergen características diversas dependiendo de que ésta sea interpretada como un signo en sentido estricto o como un indicio. Por otra parte, cada uno de estos dos conceptos abre una perspectiva relativamente autónoma de reconstrucción de los componentes estructurales del fenómeno, por ello se puede decir que su “naturaleza” no se explica mediante meras definiciones, y puede ser reconstruida, al menos en sus líneas generales, a partir de ese tipo de perspectivas.

Debe agregarse que la distinción que estamos examinando incide sobre el problema de la motivación también de otra manera: a partir del hecho de que su utilización conduce, por un lado, a identificar, distinguiéndolas, las aproximaciones metodológicas que pueden utilizarse y, por otro lado, a constatar que ninguna de ellas es por sí sola idónea para proporcionar una definición global del fenómeno, se plantea el problema de tener que escoger la línea de investigación más oportuna. A este punto

conviene, sin embargo, tomar en cuenta una importante objeción que podría plantearse al modo en el cual la motivación ha sido hasta ahora considerada. Dicha objeción podría sustancialmente fundarse en el hecho de que la motivación de la sentencia, que constituye un fenómeno esencialmente jurídico (y “procesal”), ha sido abordada a partir de la naturaleza de su entidad lingüística, más que como fenómeno jurídico, con la consecuencia de que a las perspectivas que se han delineado les faltaría el carácter esencial de “juridicidad” del fenómeno mismo. Debe decirse de inmediato que, dentro de ciertos límites, la objeción resulta fundada. Es cierto, en efecto, que esas perspectivas le otorgan al elemento específicamente jurídico de la motivación un papel escasamente relevante, lo que plantea la exigencia de integrar con este aspecto el planteamiento del problema. Esa objeción, sin embargo, deberían ser desoída absolutamente si se plantea en su significado “fuerte”, es decir, si ella pretendiera sostener a la perspectiva estrictamente jurídica como la única legítima, con exclusión de todas las demás.

No es necesario, ni sería fructífero, enfrentar en este lugar el vetusto y demasiado sobrevaluado problema de la autonomía de la ciencia jurídica frente al resto de las ciencias, o de la legitimidad del uso, por parte del jurista, de instrumentos metajurídicos. Lo cierto es que en el tema de la motivación los métodos jurídicos tradicionales no han sido un buen ejemplo por lo que hace a su perspicuidad y abundancia de resultados; y, por otra parte, el desarrollo sucesivo de la presente investigación debería, si no demostrar, sí al menos confirmar la impresión de que la misma naturaleza jurídica de la motivación no pueda ser identificable si no es dentro de una aproximación global del fenómeno. En todo caso, la *pars construens* de la objeción que estamos discutiendo, proporciona una indicación de esencial importancia. La consideración de la motivación como una entidad lingüística, si bien es indispensable para poner en evidencia determinadas características que no sería científicamente correcto que se descuidaran, no es, sin embargo, suficiente en la medida en la que no explica los aspectos más específicamente jurídicos del fenómeno. De ahí la necesidad de introducir, junto a las líneas que nos arroja el enmarcar a la motivación en el concepto de signo en sentido estricto y en el concepto de indicio, otra perspectiva, heterónoma frente a las dos primeras porque es de naturaleza no semiológica, y que tiene que ver con las características de relevancia jurídica de la motivación. Ello significa, en esencia, atribuirle un peso decisivo al

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

hecho de que el discurso que constituye a la motivación proviene del juez (es por lo tanto un “acto” del juez), insertándose con un papel preciso en el sistema de la actividad que le compete a este, y en particular en aquel subsistema de dicha actividad que tiene que ver con la decisión sobre la litis y al pronunciamiento de la sentencia.

El considerar a la motivación como un acto del juez no implica, sin embargo, sólo atribuirle un peso mayor al papel que el juez juega como “emisor” del signo lingüístico que comprende a la motivación, sino también insertar el fenómeno en un marco conceptual diverso del que antes hemos delineado desde un punto de vista esencialmente semiológico, cuyas líneas maestras están constituidas por las normas y por los principios jurídicos que regulan las características relevantes de la motivación en la esfera del proceso.

Debe precisarse, además, que la existencia de esta tercera calificación posible de la motivación, en función de la referencia al sujeto que la origina y al procedimiento en el cual se inserta, no significa solamente una ampliación del conjunto de puntos de vista desde los que puede ser estudiada la motivación, sino que influye de manera determinante en la solución del problema sobre la elección de la perspectiva más idónea para la investigación, y que antes había quedado sin resolver. Es claro, en efecto, que en la medida en la que nos propongamos individuar la naturaleza jurídica de la motivación, dicha elección no debe orientarse en el sentido de refutar todas las perspectivas no rigurosamente jurídicas, sino en el sentido de adoptar, entre éstas, aquellas que sean útiles para resolver el problema jurídico. Por otra parte, la necesidad de una integración de este tipo no se deriva solamente de la ya varias veces subrayada pluralidad de puntos de vista válidos, sino especialmente del hecho de que el conjunto de la normas y de los principios jurídicos atinentes a la motivación no parece proporcionar elementos suficientes para una definición aceptable del fenómeno. También las normas en las cuales resulta más marcada la finalidad definitoria (como el artículo 132 n. 4 del Código de Procedimientos Civiles y el artículo 118 disp. att.), en efecto, se limitan a proporcionar indicaciones muy genéricas y no privas de alguna llamativa imprecisión, que postulan a su vez una integración que los otros elementos del marco jurídico del problema no logran proporcionar.⁷⁸ Sobre todo, lo que al interior de ese marco es imposible establecer de manera satisfactoria, se compone de dos tipos de factores: el contenido mínimo necesario

para que se pueda decir que una sentencia está adecuadamente motivada, y la estructura lógica a partir de la cual ese contenido debe estar organizado para que se pueda hablar de una justificación racional de la sentencia. La definición de estos elementos resulta esencial para la aplicabilidad de determinados cánones jurídicos: basta evocar, al respecto, el criterio de la “suficiencia” (relativo ante todo al contenido de la motivación) y el de la “no contradictoriedad” (relativo ante todo a su estructura lógica), que son utilizados por el artículo 360 n. 5 del Código de Procedimientos Civiles, y que postulan directamente la remisión a nociones que no pueden ser definidas a partir de los conceptos estrictamente jurídicos que son inherentes a la motivación.

Además, desde un punto de vista más general, la realidad de la motivación en el conjunto de sus manifestaciones concretas es algo mucho más amplio, como veremos, de lo que se desprende de las características que se pueden identificar desde el punto de vista puramente jurídico, y abarca una realidad que incluso quien pretenda adoptar exclusivamente este punto de vista no puede descuidar, a costa de falsear de manera reductora el objeto de su propia investigación.

En síntesis, las consideraciones que anteceden induce a resolver el problema de la elección metodológica en el sentido de una necesaria integración del enfoque estrictamente jurídico del tema de la motivación, aunque la intención final y principal de la investigación sea su formulación en términos jurídicos. Ello implica, por otra parte, la necesidad de evidenciar, si bien no todos los aspectos no jurídicos del fenómeno que pueden resultar interesantes, al menos aquellos que entran en el contexto de elementos metajurídicos necesarios para la solución del problema desde la perspectiva jurídica. Como se verá claramente más adelante, esa integración está destinada a recorrer dos líneas directrices principales: la primera, que tiene sus raíces en la consideración de la motivación como indicio, se centra principalmente en el papel que juegan en la decisión, y consecuentemente en la motivación, las elecciones de valor que realiza el juez y de los condicionamientos que éste enfrenta; la segunda, que parte de considerar a la motivación como un signo en sentido estricto, tiene que ver esencialmente con la individuación de la estructura lógica de la motivación en relación con la función que la misma tiene en el contexto de la sentencia, y tiene, por lo tanto, atinencia sobre todo con la “forma” que la motivación debe asumir para ese fin.

NOTAS

¹ El único intento relevante que se haya realizado en el ámbito de nuestra doctrina procesal civil para afrontar de manera orgánica el tema, es el que de manera muy reciente realiza COLSANTI, *Die Entscheidungsbegründung*, herausg. von R. SPRUNG, Viena-Nueva York, 1974, pp. 355 y ss. La situación es en gran parte análoga también en el caso de la doctrina del proceso penal, con la única excepción del trabajo de AMODIO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, ed. prov., Milán, 1967.

² El carácter novedoso del precepto constitucional que se refiere a la obligación de motivar debe ser entendido en un sentido relativo, dado que, aun faltando normas expresas sobre ese punto en los estatutos italianos del siglo XIX, y en particular en el Estatuto Albertino, no faltan precedentes interesantes. Debe recordarse, en efecto, que el principio de obligatoriedad de motivar estaba expresado en las constituciones de las repúblicas jacobinas que surgieron en Italia en los últimos años del siglo XVIII, siguiendo las líneas trazadas por la Constitución francesa de 1795. Para un análisis más amplio al respecto, véase *infra*, cap. VI, §1, subinciso b); y TARUFFO, "L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1974, pp. 290 y ss.

³ Es necesario, en efecto, hacer notar la falta, en nuestro país, de estudios dedicados a precisar las líneas esenciales del precepto constitucional en cuestión, respecto del cual de manera general y limitada se subraya su carácter garantista (cfr. p.e. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padua, 1954, pp. 95 y ss.; LUCIFREDI, *La nuova Costituzione italiana*, Milán, 1952, p. 239; BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Nápoles, 1969 (VIII ed.), p. 551; VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milán, 1971 (VII ed.). Por las constancias que hay, la situación no es diferente en otros países; se exceptúa de lo anterior Alemania Federal, en donde, a falta de una norma constitucional expresa, se planteó el problema de elaborar el principio respectivo por la vía de la interpretación de las otras normas constitucionales atinentes a la función del juez; al respecto, cfr. BRÜGGEMANN, *Die richterliche Begründungspflicht. Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen*, Berlín, 1971, especialmente pp. 109 y ss.; SCHLÜTER, *Das Obiter Dictum*, Munich, 1973, pp. 9 y ss.; y, además, ULE, "Verfassungsrecht und Verwaltungsprozessrecht", en *Deum. Verwaltungsblatt*, 1959, p. 542; ARNDT, "Das rechtliche Gehör", en *N.J.W.*, 1959, p. 7; HAMANN, "Rechtliches Gehör", en *Anwaltsblatt*, 1958, p. 148. Al respecto, de una manera más amplia, véase en todo caso, *infra*, cap. VI, *passim*.

⁴ Cfr. en este sentido LESSONA S., "La funzione giurisdizionale", en P. CALAMANDREI y A. LEVI (directores) *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, Florencia, 1950, vol. II, p. 211; y, de manera análoga BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 123 (PROVINCIALI, *Norme di diritto processuale nella Costituzione*, Milán, 1959, p. 66, termina por compartir la misma orientación, dado que, en concreto, las hipótesis a las cuales limita el alcance del principio constitucional son las mismas que ya están reguladas por la legislación ordinaria). En esencia, el único problema que resulta de esta perspectiva es el de la aplicabilidad del principio en cuestión al decreto (véase *infra*, cap. VI).

⁵ En ese sentido, cfr. COLESANTI, *op. cit.*, pp. 379 y ss.; y véase *infra*, cap. VI.

⁶ Cfr. al respecto BRÜGGEMANN, *op. cit.*, pp. 125 y ss. y 152 y ss.

⁷ Véase *infra*, cap. VI.

⁸ Si la “movilidad” del concepto en cuestión fuera debida, como ocurre frecuentemente, a la presencia de diversas definiciones que se disputan el espacio, nos encontraríamos en la situación típica de las ciencias así llamadas del espíritu o del hombre, en las cuales la irreducible pluralidad de definiciones del mismo concepto es un dato inevitable y positivo, debido, en parte, a la evolución de las perspectivas culturales y, en parte, a la imposibilidad de la verificación empírica. Viceversa, en el caso en cuestión, la movilidad de la noción de motivación es debida a la presencia de una situación exactamente opuesta, es decir, a la falta de definiciones adecuadas. Así, ocurre frecuentemente que no se parta de una posible definición del fenómeno, sino solamente de una noción sumaria e intuitiva del mismo, de manera tal que cuando se le vincula con otros conceptos jurídicos que han alcanzado una diversa precisión al menos a nivel de definición (y, por lo tanto, una mayor “solidez”), la consecuencia es que los conceptos vinculados no son analizados en función recíproca, sino el uno (la motivación) exclusivamente en función del otro (*iudicatum*, como sentido de la decisión incluida en la sentencia, etc.). El concepto de motivación resulta ser, pues, móvil porque es generalmente tratado como una variable dependiente, mientras que las variables independientes están representadas por otros conceptos jurídicos.

⁹ N. del Trad.

¹⁰ Cfr. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 101.

¹¹ En Italia, además de la opinión de Calamandrei citada, se puede recordar la clara indicación de CARNELUTTI, en su versión más reciente, en *Diritto e processo*, Nápoles, 1958, p. 212, sobre la distinción entre “cómo está hecha” y “cómo se hace” la sentencia. Se trata, por otra parte, de reflexiones ocasionales y aisladas, que han tenido un adecuado desarrollo.

Este tema, en cambio, ha tenido un desarrollo orgánico, e incluso ha servido como presupuesto de diversas teorías de la decisión en la doctrina alemana y norteamericana. En Alemania, la distinción que nos ocupa ha sido, por ejemplo, uno de los componentes de las corrientes antipositivistas, desde el derecho libre hasta la jurisprudencia de los intereses (cfr. EDELMANN, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz. Eine historisch-kritische Studie über die deutsche Rechtsmethodologie vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, Bad Homburg v.d. Höhe-Berlín-Zurich, 1967, pp. 53 y ss y 92 y ss. y *passim*; KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlín, 1967, pp. 63 y ss. y 205 y ss.; ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlín, 1929, pp. 25 y ss., 177 y ss., 248 y ss. y 335 y ss.; SCHWINGE, *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft*, Bonn, 1938, pp. 29 y ss.; OHLMER, *Richterfreiheit und Begründungspflicht*, diss. Mainz, 1953, p. 91; BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 57. Cfr. además, *infra*, cap. III). En los Estados Unidos la misma distinción, que también ha sido ampliamente retomada, ha constituido la nota distintiva de una de las corrientes que se identifican con el ámbito del realismo jurídico, a la que se ha propuesto denominar *opinión-skepticism* (cfr. RUMBLE, *American Legal Realism*, Nueva York, 1968, pp. 79 y ss.; REICH, *Sociological Jurisprudence and Legal Realism in Rechtsdenken Amerikas*, Heidelberg, 1967, pp. 92 y ss.; LLEWELLYN, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago, 1962, pp. 56 y ss.; COHEN F. S., “The problems of a Functional Jurisprudence”, en *Modern Law Review*, 1937, pp. 9 y ss.; FRANK, *Law and the Modern Mind*, Nueva York, 1949, p. 140 y ss.; GREEN, *Judge and Jury*, Kansas City, 1930, pp. 152 y ss.) y en todo caso, se ha mantenido como un elemento constante también en las más recientes investigaciones de carácter empírico-sociológico sobre la decisión judicial (cfr. *infra*, nota 32).

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

¹² Para mayores referencias sobre el tema, *cfr.* cap. VII. Evidentemente, la actitud dominante en la jurisprudencia no deriva de una toma de posición consciente y articulada en relación con el problema de las relaciones entre motivación y proceso de decisión, sino sólo de la adhesión conformista con la doctrina tradicional del silogismo judicial que tiene, entre sus presupuestos, como oportunamente señala CARNELUTTI, *op. cit.*, *loc. Cit.*, precisamente la confusión entre los dos aspectos distintos en el texto.

¹³ La reacción del positivismo jurídico, que en otros países (véase nota 10) puso en primer plano el problema de la decisión judicial y, por lo tanto, también el de sus relaciones con la motivación, en Italia se manifestó con la difusión de doctrinas inspiradas en el neokantismo y en el idealismo (*cfr.* en general FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III: *Ottocento e Novecento*, Bologna, 1970, pp. 275 y ss.) y tuvieron repercusiones no relevantes las diversas tesis que en la misma época se debatían, por ejemplo, en Alemania. El problema de la naturaleza de la decisión judicial no recibió, pues una atención particular (por lo menos bajo el perfil en el que nos interesa), ni de parte de los filósofos del derecho, ni de parte de los procesalistas. Estos últimos, además, siendo particularmente poco sensibles a las mutaciones generales de perspectiva cultural, continuaron moviéndose dentro de las líneas tradicionales, satisfechos con las soluciones que de ellas habían derivado Alfredo ROCCO, *La sentenza civile. Studi* (1909), reimpresión Milán, 1962, pp. 29 y ss.; y CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile* (1914), en *Studi sul processo civile*, vol. I, Padua, 1930, pp. 4 y ss. Por otra parte, ni siquiera la clara y puntual crítica que a la doctrina del silogismo judicial realizó CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), reimpresión Padua, 1964, pp. 33 y ss., que tuvo también, y tiene todavía, una gran resonancia, estaba dirigida a hacer emerger el problema de la decisión judicial en sí misma y en sus conexiones con la naturaleza de la motivación. Calogero no se apartaba, en efecto, de la óptica típica de la misma doctrina tradicional al afrontar el tema de la motivación exclusivamente bajo el perfil del control “lógico” de la casación, e incluso, justo al afirmar la imposibilidad de un control que no se centrara en el contenido de las valoraciones realizadas por el juez de mérito, terminaba implícitamente con avalar la tesis de la imposibilidad de escindir la motivación del procedimiento que el juez sigue para llegar a la decisión.

¹⁴ En relación con la doctrina del silogismo judicial, para un examen más amplio y para referencias bibliográficas, véase el cap. IV, §1.

¹⁵ Sobre este punto, véase *infra* el punto c) y más adelante, el cap. IV, § 1.

¹⁶ No faltaron excepciones: por ejemplo, uno de los mayores exponentes del realismo norteamericano, FRANK, *op. cit.*, pp. 123 y ss. y 159 y ss., después de haber puesto en primer plano los componentes psicológicos y subjetivos del juicio, dedujo, sin embargo, la necesidad de que la motivación sea la fiel reconstrucción psicológica del modo en el cual se alcanzó la decisión. A parte de la fragilidad intrínseca de esta tesis (en relación con lo cual véase el cap. II, nota 55), éste representa en todo caso un ejemplo de las distorsiones que pueden verificarse cuando de trasponer *tout court* al plano de la motivación la conclusión alcanzada en relación con la naturaleza de la decisión.

¹⁷ Es sabido que bajo esta denominación se identifican comúnmente, ya sea como precursores o como “apoyadores”, estudiosos que no se adhirieron expresamente a las tesis de la *Freirechtslehre*, pero que, en todo caso, generalmente asumieron posiciones anticonceptualistas y antipositivistas por lo que hace al tema de interpretación “creativa” (como por ejemplo VULGO, RÜMELIN y RUMPF), o bien respecto del problema específico de las lagunas del ordenamiento jurídico (como por ejemplo EHRLICH en *Lücken im Recht.*). Las líneas fundamentales de la teoría del derecho libre, anticipados por el mismo EHRLICH en

Freie Rechtsfindung und Freie Rechtslehre, Leipzig, 1903, encontraron después su “manifiesto” en el famoso escrito de KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (reimpreso en KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Karlsruhe, 1962, pp. 18 y ss.). Sobre la difusión que esas líneas fundamentales tuvieron en la doctrina alemana, véase la exhaustiva exposición de LOMBARDA, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, 1967, pp. 201 y ss. (especialmente en las pp. 278 y ss. en relación con la actitud antilogicista de los jusliberales), y, sobre su incidencia en la teoría del juicio, *cfr.* KRIELE, *op.cit.*, pp. 63 y ss.; BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 35. Sobre la relativamente escasa influencia del jusliberalismo en Italia, *cfr.* Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, 1965, p. 33.

¹⁸ Sobre la calificación de la *Interessenjurisprudenz* como corriente interna del “movimiento de derecho libre”, *cfr.* FASSÒ, *op. cit.*, vol. III, p. 240, además de la opinión expresada por uno de los representantes de dicha corriente: REICHEL, *Gesetz und Richterspruch*, Zurich, 1915, p. 37. Sobre las tesis fundamentales sostenidas por la jurisprudencia de los intereses, *cfr.* HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (1914), *Das Problem der Rechtsgewinnung* (1912), *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932), hoy reimpresos en el volumen editado por R. Dubischar, Bad Homburg v.d. Höhe-Berlín-Zurich, 1968, en particular, pp. 46 y ss., 150 y ss., 172 y ss. y 198 y ss. *Cfr.*, además, EDELMANN, *op. cit.*, pp. 53 y ss. y 92 y ss.; CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlín, 1969, pp. 35 y ss.; KRIELE, *op. cit.*, pp. 205 y ss.

¹⁹ El punto de encuentro común de las corrientes antipositivistas que se difundieron a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, es la negación del dogma fundamental del cual partía la doctrina positivista tradicional, relativo a la falta de lagunas del ordenamiento (sobre el cual véase el amplio estudio de A. G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Turín, 1962, particularmente pp. 35 y ss. y 143 y ss.), para presuponer que siempre el criterio de decisión de la *litis* pudiera individualizarse dentro de la norma general y abstracta (con la consecuencia de que la decisión habría tenido que ser formulada con base en el mecanismo del silogismo). Afirmando, viceversa, la libertad del juez en la selección del criterio de decisión de la *litis* (criterio que, para no ser necesariamente “normativo” no debería consistir necesariamente en una regla “general”), las corrientes en cuestión intentaban proponer un esquema para formular un juicio que no estuviera fundado sobre premisas normativas generales, y por lo tanto que no podría realizarse siguiendo la estructura de la deducción del silogismo. De ahí que se tenga una posición orientada no tanto en el sentido de afirmar que el juicio no es un silogismo, sino a sostener que éste, para desarrollarse según las exigencias a las que responde, no *debería* ser un silogismo.

²⁰ A diferencia de lo que tendían a afirmar las corrientes recordadas en las notas anteriores, la negación del esquema del silogismo en el plano ontológico (al contrario que en el deontológico) no implica la negación de la *validez* del silogismo como método de juicio, sino más bien la negación de la *verdad* de la representación silogística del juicio: es decir, no se afirma que el juicio “no deba” ser un silogismo, sino que el juicio “no es” (o “no puede ser”) un silogismo. En este sentido, véase, por ejemplo, COOK, “Legal Logic”, 31 *Col. Law Review*, 1931, p. 108 y ss.; LEVI, “An Introduction to Legal Reasoning”, 15 *University of Chicago Law Review*, 1948, p. 501 y ss.; COSSIO, “Phenomenology of the Decision”, en *Latin-American Legal Philosophy*, Cambridge, Mass., 1948, pp. 381 y ss.; BELLUSSI, “La justification en droit”, en *Le raisonnement juridique. Actes du Congrès Mondial de Philosophie Sociale*, Bruselas, 1971, p. 230; BAUMANN, “Wahrheit der Urteilsgründe”, en *N.J.W.*, 1957, p. 1017. Para un análisis ulterior, y en relación con la crítica a la validez metodológica del modelo del silogismo, *cfr.* cap. IV, § 1.

■ El problema de la motivación de la sentencia civil ■

²¹ Por parte de los realistas norteamericanos, por realidad del juicio se entiende, preeminentemente, realidad psicológica. En este sentido, *cfr.*, especialmente, FRANK, *op. cit.*, pp. 100 y ss.; *id.*, "What Courts Do in Fact", en 26 *Illinois Law Review*, 1932, pp. 645 y ss.; *id.* "Words and Music", en 47 *Col. Law Review*, 1947, pp. 1259 y ss. (sobre las teorías de FRANK, véase CAHN, "Jerome Frank's Fact Skepticism and Our Future", en 66 *Yale Law Journal*, 1957, pp. 824 y ss.; PAUL, *The Legal Realism of Jerome N. Frank*, The Hague, 1959, pp. 51 y ss.; VOLKOMER, *The Passionate Liberal: The Political and Legal Ideas of Jerome Frank*, The Hague, 1970, pp. 47 y ss.). Sobre la concepción del juicio en los autores realistas, *cfr.* además, LLEWELLYN, *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, Boston-Toronto, 1960, pp. 57 y ss., 201 y ss. y *passim*; *id.*, "Jurisprudente-The Next Step", en 30 *Col. Law Review*, 1930, pp. 431 y ss.; *id.*, "Some Realism about Realism", en 44 *Harvard Law Review*, 1931, pp. 1222 y ss.; DICKINSON, "Legal Rules: Their Function in the Process of Decision" en 79 *U. Penn. Law Review*, 1931, p. 833; OLIPHANT, "A Return to Stare Decisis", en 14 *A.B.A.J.*, 1928, pp. 71 y ss. y 159 y ss.; FRANK, *Courts on trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton, 1949, pp. 123 y ss.; COHEN, *op. cit.*, pp. 5 y ss.; RADIN, "Legal Realism", en 31 *col. Law Review*, 1931, p. 824 y ss.; TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milán, 1962, pp. 151 y ss. y 165 y ss.; RUMBLE, *op. cit.*, pp. 48 y ss. y 107 y ss.; REICH, *op. cit.*, pp. 82 y ss.; CONIG, "Neue Strömungen in der Nordamerikanischen Rechtsphilosophie", en *A.R.S.P.*, 1949, pp. 536 y ss.; WEISS, *Die Theorie der richterlichen Entscheidungstätigkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Frankfurt a. M., 1971, pp. 62 y ss. en relación con las matrices filosóficas del realismo jurídico *cfr.* LÖFFENHOLZ, *Die Rechtsphilosophie des Pragmatismus*, Meisenheim-Glan, 1961; RUMBLE, *op. cit.*, pp. 4 y ss.; TARELLO, *op. cit.*, pp. 26 y ss.; WEISS, *op. cit.*, pp. 28 y ss. y 41 y ss.; Sobre la concepción intuitiva del juicio, *cfr.*, en particular, HUTCHESON, *The Judgment Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision*, en 14 *Corn. Law Quarterly*, 1929, pp. 274 y ss. Para las tesis enunciadas en relación con los realistas escandinavos, *cfr.*, por ejemplo, ROSS, *Diritto e giustizia*, trad. it., de G. Gavazzi, Turín, 1965, pp. 128 y ss.

²² Ha sido subrayado recientemente (*cfr.* WEIMAR, *Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung*, Basilea-Stuttgart, 1969, pp. 16 y 27) que en el mismo sentido en el que se han presentado las críticas más frecuentes al esquema del silogismo, es decir, el de evidenciar los componentes psicológicos del juicio, también han faltado intentos serios y orgánicos de investigación, de manera tal que dichas críticas se limitan a ser meras sugerencias sin que se traduzcan en soluciones alternativas. Se trata de una valoración inherente a la doctrina alemana, que puede, sin embargo, ser extendida a la situación general (*cfr.* WRÓBLEWSKI, "Il modello teorico dell'applicazione della legge", trad. it. en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1967, p. 22); las únicas excepciones que pueden apreciarse en Europa, son representadas por el estudio del mismo WEIMAR que apenas hemos citado, y por el de BOHNE, *Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung*, Colonia, 1948 (especialmente pp. 50 y ss.).

²³ Para la ubicación de las corrientes antipositivistas en su contexto filosófico y cultural, *cfr.* FASSÒ, *op. cit.*, vol. III, pp. 231 y ss. y 261 y ss.; BRÜGGERMANN, *op. cit.*, pp. 49 y ss.; en particular, por lo que hace a la escuela del derecho libre, *cfr.* LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 278 y ss, 356 y ss. y nota 495.

²⁴ Sobre las tendencias del irracionalismo alemán en las primeras décadas del siglo XX, como nota dominante de la cultura en la Alemania imperial y nazi, *cfr.* LUKACS, *La distruzione della ragione*, trad. it., II ed., Turín 1964, pp. 403 y ss. y 532 y ss.; sobre el tema, *cfr.* además COLLOTTI, *La Germania nazista*, II ed., Turín, 1962, pp. 19 y ss. Sobre la conexión entre las doctrinas jurídicas antipositivas y la ideología del nazismo, *cfr.*

GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milán, 1939, p. 33; ALLORIO, "La vita del diritto in Italia", en *Jus*, 1950, p. 39; MANIGK, *Neubau des Privatrechts*, Leipzig, 1938, pp. 70 y ss.; SCHWINGE, *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft*, Bonn, 1930, pp. 14 y ss.

²⁵ Para sugerencias más o menos amplias en este sentido, *cfr.*, por ejemplo, HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, *cit.*, pp. 46 y ss.; STAMMLER, *Rechtsphilosophie*, 3 ed., Berlín, 1928, pp. 193 y ss.; ISAY, *op. cit.*, pp. 25 y ss., 85 y ss., 120 y ss., 177 y ss. y *passim*; RUMPF, *Gesetz und Richter*, Berlín, 1906, pp. 90 y ss. y 193 y ss.; HELLWIG, *Zur Psychologie der richterlichen Urteilstätigkeit*, Stuttgart, 1914, *passim*; ALSBERG, *Das Weltbild des Strafrichters*, Mannheim-Berlín-Leipzig, 1930, pp. 2 y ss.; SCHMITT, *Gesetz und Urteil*, 2 ed., Munich, 1969, pp. 1 y ss. El autor que advirtió de manera más profunda el peso de los factores irracionales de la decisión fue BENDIX (*cfr.* los diversos ensayos recopilados en el volumen *Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters und andere Schriften*, editado por M. Weiss, Neuwied-Berlín, 1968, en relación con el cual, véase mi reseña en *Rivista di Diritto Processuale*, 1969, p. 650 y s.); él se distancia, sin embargo, de las actitudes comunes porque pone en relieve esos factores no para exaltarlos, sino para identificar la realidad concreta, frecuentemente desoladora, que se percibía detrás de las ficciones legalistas y logicistas de las que hacía uso el régimen totalitario.

²⁶ En una época más reciente, un ejemplo significativo de dicha actitud fue el pensamiento de SCHEUERLE, *Rechtsanwendung*, Nürnberg-Düsseldorf, 1952, pp. 63 y ss. y *passim*, el cual estudia la actividad del juez utilizando ampliamente los instrumentos de la psicología desde un punto de vista introspectivo, e individuando la categoría de los "actos de fantasía cognoscitiva". *Cfr.* además, RIEZLER, *Das Rechtspsychologische Betrachtungen*, 2 ed., München, 1946, pp. 26 y ss.

²⁷ Esta circunstancia es debida esencialmente a dos órdenes de factores, ninguno de los cuales implica una toma de posición consciente en contra de las doctrinas irracionalistas. El primero está dado por el hecho de que el provincialismo de la cultura italiana en la primera mitad del siglo XX, en la medida en la que impidió la importación de las doctrinas filosóficas de los países anglosajones (empirismo, pragmatismo), además de los estudios epistemológicos generales, impidió también, o al menos limitó de manera relevante, también la difusión del irracionalismo de matriz alemana, de manera que su influencia en Italia fue escasa y pasó por la mediación de la cultura jurídica alemana, en la cual los elementos irracionalistas convive además con un positivismo residual y con tendencias de derivación idealista. El segundo factor, que tal vez es más ocasional pero no menos importante, está dado por la prevalencia que tuvo entre los juristas italianos una actitud antifilosófica (*cfr.* CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padua, 1955, pp. 1-64, y entre los procesalistas, la opinión manifestada por CARNELUTTI, "I giuristi e la filosofia", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1923, II, pp. 183 y ss.), la cual, en la medida en la que constituyó el punto de fuerza de la continuación, en forma dogmática, del positivismo clásico, representó un fuerte obstáculo para la penetración de las tendencias filosóficas en cuestión. En sustancia, si y en la medida en la que los juristas italianos no se adhieron abiertamente a los postulados irracionalistas difundidos en la cultura europea de ese tiempo, ello sucedió porque no tuvieron de manera inmediata la ocasión cultural para hacerlo, y se trató, por lo tanto, de una manifestación de conformismo frente a las ideas tradicionales, más que de una conciencia crítica (sobre el momento y las razones por las cuales los juristas tienden a romper el *impasse* antifilosófico, *cfr.* CAIANI, *op. cit.*, pp. 8 y ss. y 68 y ss.).

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

²⁸ Ello tiene validez, en particular, para el único procesalista que enfrentó con denuesto el problema de la estructura del juicio, es decir, CARNELUTTI (entre cuyas obras sobre el problema del juicio, véase especialmente: *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, 1951, pp. 364 y ss.; *Arte del diritto*, Padua, 1949, pp. 63 y ss.; *Diritto e processo*, cit., pp. 212 y ss., además de muchos de los ensayos recopilados en el volumen II de los *Discorsi intorno al diritto*, Padua, 1953). Él detecta con claridad el punto de la distinción entre el juicio y el silogismo, pero, una vez excluida la posibilidad de reducir el primero al segundo, debe enfrentar el problema de individuar la estructura del juicio a partir de bases diferentes de las tradicionales, y es justamente a este punto en donde se evidencia la falta de instrumentos conceptuales adecuados. En el caso en que habría sido oportuno un análisis tipológico de los juicios comunes para la lógica y la epistemología (en este sentido, a propósito de la teoría de Carnelutti, cfr. CAIANI, op. cit., pp. 103 y ss., quien, por otra parte acompaña sus críticas con una apreciación general excesivamente favorable), y en el cual el análisis lógico-estructural habría tenido que retomar las características esenciales de dichos juicios y su modo de concatenarse con la actividad del juez, Carnelutti se coloca frente al juicio jurídico como frente a una entidad simple, mónada, inmóvil y absoluta, en el intento de descubrir su esencia sólo a través de una observación intensa. Este tipo de examen, carente de soportes metodológicos adecuados, produce alguna intuición significativa fragmentaria, pero termina generalmente oscilando entre la mera divagación etimológica y una especie de misticismo en el cual el juicio no es un objeto de análisis, sino de postulación trascendental.

²⁹ La perspectiva en la cual se realiza la completa disolución del problema de manera más clara es la que delinea CAPOGRASSI, en sus reflexiones en torno al concepto de experiencia jurídica (cfr. "Intorno al processo", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1938, pp. 252 y ss.; "Il quid ius e il quid juris in una recente sentenza", publicado en *Opere*, Milán, 1959, vol. V, pp. 19 y ss.; "Giudizio processo senza verità", en *ibidem*, vol. V, pp. 51 y ss.; "Prefazione" en LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1950, publicado en *ibidem*, vol. V, pp. 77 y ss.; "Il diritto dopo la catastrofe", en *Ibidem*, vol. V, pp. 151 y ss.; "Il problema della scienza del diritto", en *ibidem*, vol. II, pp. 503 y ss.), en las cuales pretende individuar la estructura del juicio mediante referencias genéricas a las nociones indefinidas de certeza, verdad y justicia, colocadas como objeto del juicio en sí. Dicho planteamiento puede presentarse como el enésimo redescubrimiento de un lugar común, o como una manera de distorsionar el problema (desde el momento en que el juicio no cesa de ser tal desde el punto de vista de la estructura, cuando su hipótesis sea ambigua, falsa o injusta). En todo caso, se aplica un cambio entre el momento de la forma lógica del juicio y el de la apreciación ético-ideológica de su resultado. Por otra parte, indicaciones útiles sobre la estructura del juicio no provienen ni siquiera de aquella parte del pensamiento de Capograssi en el cual el juicio jurídico es visto más claramente como un momento de la experiencia jurídica, y por lo tanto como una fase de la experiencia ética del hombre (cfr. "Analisi dell'esperienza comune", en *Opere*, cit., vol. II, pp. 114 y ss., y 154 y ss.; "Studi sull'esperienza giuridica", *ibidem*, vol. II, pp. 211 y ss.; *Il problema della scienza*, cit., pp. 415 y ss. y 500 y ss.; "L'esperienza giuridica nella storia", *ibidem*, vol. III, pp. 267 y ss.; "Incompiutezza dell'esperienza giuridica", *ibidem*, vol. III, p. 297 y ss.; "Appunti sull'esperienza giuridica", *ibidem*, vol. III, pp. 399 y ss.; cfr. además, OPOCHER, "Concetto di "esperienza giuridica" e idealismo", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1950 pp. 101 y ss.).

Probablemente la verdadera influencia de las doctrinas de CAPOGRASSI sobre los juristas italianos fue bastante menos intensa de lo que se cree comúnmente, y de lo que

pueda deducirse del gran número de citas de sus obras que pululan también en los escritos de los procesalistas (y tendría un importante valor de clarificación un estudio específico que se hiciera en ese sentido); teniendo en cuenta lo anterior, sus opiniones sobre el juicio jurídico podrían considerarse como escasamente relevantes si, por un lado, Capograssi no hubiera insistido en subrayar el punto de contacto entre sus propias opiniones y las de Carnelutti (*cfr.* CAPOGRASSI, reseña a la *Metodologia del diritto* de Carnelutti, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1940, p. 25) y si, por otro lado, esas opiniones no hubieran conocido recientemente una especie de resurgimiento debido a algunos autores que, habiéndose puesto frente al problema de los juicios de valor en la decisión, han creído identificar en aquellas una solución satisfactoria, asumiendo así la posición de un irracionalismo prácticamente irremediable. En este sentido, *cfr.*, por ejemplo, MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milán, 1965, pp. 7 y ss., 14 y ss., 157, 176 y 207; NASI, *Disposizione del diritto e azione dispositiva*, Milán, 1965, pp. 124, 134; *id.*, "Giudizio di fatto (Derecho procesal civil)", en *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milán, 1967, pp. 967 y ss.

³⁰ El punto central de dichas críticas habría debido ser (y no lo fue) el desfase que se verifica cuando el jurista emplea el esquema del silogismo para definir el mecanismo del juicio, mientras que las otras ciencias, además de la misma lógica, han ampliamente redimensionado desde hace tiempo el valor lógico y cognoscitivo de la silogística. El problema debería entonces ser circunscrito históricamente, en la dimensión representada por la evolución de las formas conceptuales utilizadas para el análisis de la realidad (para referencias en este sentido, *cfr.* TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padua, 1970, pp. 192 y ss., con alusión exclusiva al juicio de hecho).

³¹ Se trata de un objetivo falso, no en el sentido de que la doctrina del silogismo judicial no se presente como una teoría del juicio, sino en el sentido de que la eficacia de las críticas que generalmente se le hacen frecuentemente se encuentra distorsionada porque no se toma en cuenta el hecho de que se trata de una teoría de la sentencia (o incluso de la motivación) aplicada apodócticamente al juicio (al respecto véase un análisis más amplio en *infra*, cap. IV, § 1). De ello se deriva que cada vez que se critica a la doctrina en cuestión sin identificar esta circunstancia (y este hecho es común a las tesis más diversas, desde Calogero hasta el realismo norteamericano y los antipositivismos en general), se termina por atacar exclusivamente esa transposición, sin ni siquiera comprenderla o explicarla, pero dejan fuera del campo de análisis los dos aspectos esenciales del problema, es decir, el de la estructura del juicio (dado que en realidad se critica a una teoría de la sentencia y no del juicio), y el de la estructura de la motivación (ya que se critica a una teoría de la sentencia como si fuera una teoría del juicio).

³² Debe precisarse que confluyen en este ámbito, esencialmente irracionalista, todas aquellas concepciones que rechazan el uso de los instrumentos conceptuales elaborados por la lógica para confiarse en la "lógica de las cosas" o "de lo concreto" (*cfr.*, por ejemplo, MASSA, *op. cit.*, p. 43 y *passim*). Aceptando el no considerar a dichas expresiones como meros expedientes metafóricos utilizados para dar una apariencia de racionalidad a un discurso que no es racional, debe observarse que no parece posible atribuirle a las "cosas" o a "lo concreto" una lógica intrínseca es algo evidente, a costa de realizar importantes compromisos metafísicos. Por otra parte, en la medida en la que regularmente no se enuncian las reglas de una lógica de ese tipo (porque serían... abstractas), no se explica de qué manera las "cosas" son "lógicas", y por lo tanto la lógica no puede sino coincidir con la realidad. Dado que, sin embargo, en esta perspectiva (cuidadosamente no marxista ni materialista) la realidad no puede ser otra cosa más que

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

la opinión que el intérprete tiene sobre el mundo y sobre sus fenómenos, se materializa con poco esfuerzo el ambicioso proyecto de convertir a las opiniones personales en el marco absoluto de lo real, habiendo excluido a priori el riesgo de una verificación intersubjetiva. Sobre ello no vale la pena alargarse; en el fondo, al menos desde el punto de vista de la coherencia interna, el irracionalismo que pretende y que quiere serlo es preferible al irracionalismo que busca presentarse como una forma superior de racionalismo.

³³ La bibliografía de las investigaciones realizadas en este sentido en los últimos años, especialmente en los Estados Unidos, se ha vuelto imponente a tal grado que resulta imposible hacer una señalización exhaustiva. Debe recordarse, en todo caso, la serie de estudios realizados por Glendon Schubert, que puede ser considerado como el iniciador y la personalidad más importante en este campo (de SCHUBERT, *cfr.* especialmente, *Quantitative Analysis of Judicial Behavior*, Glencoe, Illinois, 1959; *The Judicial Mind Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices 1946-1963*, Evanston, Illinois, 1965; *Judicial Policy Making*, Glenview, 1965; *cfr.* también los escritos publicados en los volúmenes *Judicial Decision Making*, Nueva York, 1963, pp. 55 y ss., y *Judicial Behavior. A reader in Theory and Research*, Chicago, 1964, pp. 1 y ss. y 548 y ss.). Vale la pena además señalar como fuentes de un marco bastante amplio de la situación, algunas otras compilaciones de ensayos: NAGEL, *The Legal Process from a Behavioral Perspective*, Homewood, Illinois, 1969; SCHUBERT, *Judicial Behavior*, *cit.*; GROSSMANN-TANEHAUS, *Frontiers of Judicial Research*, Nueva York, 1969; SIMON, *The Sociology of Law*, San Francisco, 1968; FRIEDMAN-MACAULAY, *Law and the Behavioral Sciences*, Indianápolis-Kansas City-Nueva York, 1969. Para el perfil más estrictamente metodológico de dichas investigaciones, *cfr.* KORT, "Content Analysis of Judicial Opinions and Rules of Law", en, SCHUBERT, *Judicial Decision Making*, *cit.*, pp. 133 y ss.; *id.*, "Quantitative Analysis of Fact-Pattern in Cases and their Implications on Judicial Decisions", en 79, *Harvard Law Review*, 1966, pp. 1595 y ss.; PRITCHETT, "Division of Opinions among Supreme Court Justices of the U.S. Supreme Court", en SCHUBERT, *Judicial Behavior*, *cit.*, pp. 319 y ss. *Cfr.* además, para una visión resumida y para indicaciones ulteriores, WEISS, *op. cit.*, pp. 86 y ss.

³⁴ La construcción de este tipo de modelos es el primer paso para el planteamiento de toda investigación empírica sobre la decisión. *Cfr.* al respecto, LAWLOR, "Axioms of Fact Polarization and Fact-Ranking. Their Role in Stare Decisis", en 14 *Villanova Law Review*, 1969, pp. 703 y ss.; *id.*, "Analysis and Prediction of Judicial Decision. Informal Progress Report", en *M.U.L.L.*, 1965, pp. 132 y ss.; *id.*, "Fact Content Analysis of Judicial Opinions" en *Jurimetrics J.*, 1968, p. 107 y ss.; KAPLAN, "Decision Theory and the Fact-finding Process", en *Stanford Law Review*, 1968, pp. 1065 y ss.

³⁵ Por lo que hace a las investigaciones realizadas en los Estados Unidos, véase nota 32. En Italia, los estudios sociológicos sobre los jueces en los últimos años comenzaron a tener una consistencia apreciable: *cfr.* PAGANI, *La professione del giudice*, Milán-Varese, 1969; DI FEDERICO, *Il reclutamento dei magistrati*, Bari, 1968; MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari, 1967; *cfr.* además sobre estos estudios, las observaciones de Renato TREVES, *Giustizia e giudici nella società italiana*, Bari, 1972, pp. 39 y ss.; *id.*, "L'amministrazione della giustizia in Italia. Bilancio di una indagine", e *Rivista di diritto processuale*, 1972, pp. 87 y ss. Para las investigaciones sociológicas realizadas sobre los jueces en Alemania, *cfr.* DAHRENDORF, "Deutsche Richter. Ein Beitrag zur Soziologie der Oberschicht", en *Gesellschaft und Freiheit*, München, 1961, pp. 176 y ss.; *id.*, "Zur Soziologie des Richters", en *Deutsche Richterzeit*, 1965, pp. 41

y ss.; FEEST, "Die Bundesrichter. Herkunft, Barriere und Auswahl der juristischen Elite", en W. ZAPF (ed.), *Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht*, 2ª ed., München, 1965, pp. 95 y ss.; KAUPEN, *Die Hütter von Recht. Und Ordnung. Die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen. Eine soziologische Analyse*, Neuwied, 1969; RASEHORN, "Wege zu einer Soziologie des Richters", en *Köln. Zeitschr. für Soziologie und Sozialpsychologie*, 1968, pp. 103 y ss.; RICHTER, *Zur soziologischen Struktur der deutschen Richterschaft*, Stuttgart, 1968; ZWINGMAN, *Zur Soziologie des Richters in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, 1966.

³⁶ Cfr., en este sentido, NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura: 1870-1922*, Bari, 1969; GOVERNATORI, *Stato e cittadino in tribunale. Valutazioni politiche nelle sentenze*, Bari, 1970; BIANCHI D'ESPINOSA-CELORIA-GRECO-ODORISIO-PETRELLA-PULITANÒ, *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970; cfr. Además, las observaciones de TREVES, *Giustizia e giudici*, cit., pp. 59 y ss.

³⁷ La obra que se ha vuelto clásica en este tema es la de KIRCHHEIMER, *Political Justice. The Use of legal Procedure for Political Ends*, Princeton, N.J., 1961 (sobre el papel del juez, véase, en particular pp. 175 y ss., 109 y ss., 300, 346 y ss. y 423 y ss.). Sobre la función política del juez en la estructura estatal cfr. el amplio estudio de BECKER, *Comparative Judicial Politics. The Political Functionings of Courts*, Chicago, 1970, especialmente, pp. 64 y ss., 99 y ss. y 140 y ss. cfr. además LAUFER, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess. Studien zum Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 1968; KÜHNE, "Die Richter und die Politisierung der Rechtsprechung", en *Deutschland Richterzeit*, 1971, pp. 113 y ss.; BRACK, "Richter als Mitglieder politischer Partei", *ibid.*, 1966, pp. 254 y ss.; LITTEN, *Politisierung der Justiz*, Hamburg, 1971; WASSERMAN, *Richter Reform Gesellschaft. Beiträge zur Erneuerung der Rechtspflege*, Karlsruhe, 1970, especialmente, pp. 9 y ss., 21 y ss. y 35 y ss.; RASEHORN, "Von der Klassenjustiz zum Ende der Justiz?", en *Kritische Justiz*, 1969, p. 203.

³⁸ En Italia, el tema del papel y de la responsabilidad política del juez ha emergido recientemente de manera trabajosa, provocando la ruptura con la tradicional aserción de la apoliticidad institucional del juez mediante la observación de cómo, de hecho, el juez "hace" política. Es notorio, por otra parte, que se trata de un debate que apenas ha iniciado, en el cual el enfrentamiento polémico aún no le deja espacio al balance crítico, en el cual las posiciones jurídico-dogmáticas tienen, como es obvio, un peso que puede descuidarse. Por estas razones, a pesar de la importancia decisiva del tema, se dejan traslucir las referencias bibliográficas, destinadas a ser superadas, en todo caso, por la crónica diaria. Para un retrato de la situación "desde el exterior", cfr. SCHMINK, "Zur Zerstörung der Rechtsortodoxie in Italien", en *Kritische Justiz*, 1973, p. 20 y ss.

³⁹ Es consabido que generalmente la *Natur der Sache* se coloca en el repertorio de las categorías interpretativas (cfr. por ejemplo, BOBBIO, *op. cit.*, pp. 197 y ss. y 225 y ss.; *id.*, "Über den Begriff der Natur der Sache", en 44 *ARSP*, 1958, p. 305 y ss.; MORA, "Natura delle cose", en *Novissimo Digesto Italiano* XI; ROBILANT, *Sui principi di giustizia*, Milán, 1961, pp. 139 y ss y 224 y ss.; BARATTA, "Natura del fatto e diritto naturale", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1959, pp. 177 y ss.; CONTE, *op. cit.*, pp. 102 y ss.; FASSÒ, "Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale", en *Revista trimestrale di diritto processuale civile*, 1972, pp. 938 y ss.; MAIHOFFER, "Die Natur der Sache", en 44 *ARSP*, 1958, pp. 145 y ss.; BALLWEG, *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*, Basilea, 1960; ENGISCH, "Zur 'Natur der Sache' im Strafrecht. Ein Diskussionsbeitrag", en *Festschr. für E. Schmidt*, Göttingen, 1961, pp. 90 y ss.; STRATENWERT, *Das Rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, Tübingen, 1957;

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

POULANTZAS, *Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, París, 1965; VILLEY, "La nature des choses", en *Seize essais de philosophie du droit*, París, 1969, pp. 38 y ss.; TAMMELO, "La natura dei fatti come "tòpos" giuridico", trad. it., en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1963, pp. 682 y ss.). En el texto, sin embargo, se hace referencia a un fenómeno más general y en parte diverso, consistente no en una modalidad de interpretación de la ley, sino más bien en una modalidad de justificación y de explicación de un enunciado cualquiera. Se trata de los argumentos definitorios del tipo "a es predicable de b porque esa es la medida de b" (o bien: "a es predicable de b porque no puede ser de manera diversa", o bien: "a es predicable de b porque de otra manera b no sería b", y otros similares). Entendiendo a la variable "a" como sustituible por una o por todas las características que se consideran relevantes para la definición de b (que es el fenómeno a definir), resulta que se trata de un esquema argumentativo de uso bastante común, aunque son evidentes las incongruencias lógicas que lo vician, y lo reducen a una mera tautología o a una invitación a "creer" que b pueda ser definido por a.

⁴⁰ Por esta vía, además, se obtiene el presupuesto indispensable para conseguir la deducción del *Sollen* a partir del *Sein*, es decir, la derivación del valor a partir del hecho. Sobre esa "ilusión recurrente y antigua" y sobre la imposibilidad de traducirla en un acto, cfr. CONTE, *op. cit.*, pp. 103 y ss.

⁴¹ En estricto rigor, lo que es percibido empíricamente de la sentencia no es la entidad "discurso", sino su componente material, es decir, la existencia de un conjunto de palabras escritas. El signo gráfico puede ser visto como "palabra" sólo a través de un primer nivel elemental de actividad interpretativa, y el conjunto de palabras puede ser visto como "discurso" solo a condición de que el observador aplique una ulterior actividad interpretativa. En el texto, el término "discurso" será utilizado no en el sentido más elemental de "conjunto de palabras", sino en el sentido más complejo de "conjunto ordenado de palabras"; de manera correlativa, la noción de constatación empírica de la motivación como discurso no comprende sólo a la percepción de algunas entidades materiales (los signos gráficos), sino también el momento lógicamente sucesivo de la "comprensión" de los signos como entidades lingüísticas y de identificar la estructura lógico-sintáctica que las organiza.

Es evidente que en estas precisiones elementales, las exigencias de brevedad y de linealidad de la exposición vuelven inevitable el uso acrítico de una serie de términos y de conceptos de los que no se proporciona una definición analítica.

⁴² Sobre el tema, cfr. MIMIN, *Le style des jugements*, 4ª ed., París, 1970; WETTER, *The Styles of Appellate Judicial Opinions*, Leyden, 1960; GORLA, "La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella common law: riflessi di tale struttura sull'interpretazione della sentenza, sui 'Reports' e sul 'Dissenting'", en *Giu. It.*, 1965, I, 1, pp. 1239 y ss.; *id.* "I 'Grandi Tribunali' italiani fra i secoli XVI e XIX, un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d'Italia", en *Quaderni del Foro italiano*, 1969, pp. 651 y s.; *id.*, "Il cosiddetto "dottrinarismo giuridico" della giurisprudenza napoletana nel 1700", en *Foro italiano*, 1970, V, pp. 1 y ss.; *id.*, "Giurisprudenza", en *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Milán, 1970, p. 507.

⁴³ Entre las principales variables que influyen sobre la amplitud material de la motivación se pueden recordar, además de las características más "literarias" del estilo judicial, la presencia más o menos numerosa de *obiter dicta* (sobre cuyo significado cfr. CROSS, *Precedent in English Law*, 2ª ed., Oxford, 1968, pp. 80 y ss.; SCHLÜTER, *op. cit.*, pp. 77 y ss. y 105 y ss.), y la costumbre de motivar la decisión según varias líneas justificadoras concurrentes (respecto de lo cual cfr. LUPOI, "Pluralità di 'rationes decidendi' e precedente giudiziale", en *Quaderni del Foro Italiano*, 1967, pp. 203 y ss.).

⁴⁴ Sobre el concepto de “cierre del discurso” como escisión de éste frente a quien lo ha pronunciado, y sobre su relevancia al momento de determinar el significado, *cfr.* GREIMAS, *Modelli semiologici*, Urbino, 1967, p. 120; sobre el tema, véase además, SEGRE, *I segni e la critica. Fra strutturalismo e semiologia*, Turín, 1969, p. 71.

⁴⁵ El cierre del discurso no implica solamente su escisión del emisor (véase nota anterior), sino también de la situación existente en el momento en el cual fue elaborado el discurso. Normalmente, o al menos con mucha frecuencia, esa situación influye —a veces de manera determinante— en la individuación de lo que significa el discurso (sobre el tema, y para algunos ejemplos, véase ALSTON, *Filosofia del linguaggio*, trad. it., Bolonia, 1971, pp. 49 y ss.), pero para que ello sea posible es necesario que el intérprete esté presente durante la formulación del discurso, o que, en todo caso conozca la situación en la cual está llamado a ser, y sea capaz de establecer qué factores, y de que manera influyen sobre el resultado del discurso.

En el caso de la motivación no se presentan posibilidades de este tipo; incluso cuando quien lea la motivación tenga conocimiento de circunstancias vinculadas con el sujeto que la expresa (como por ejemplo el carácter colegiado de la motivación en el caso de las sentencias de la Corte Constitucional, en relación con el cual, *cfr.* DENTI, “La Corte Costituzionale e la collegialità della motivazione”, en *Rivista di diritto processuale*, 1961, pp. 434 y ss.), o con el objeto al cual se refiere (como por ejemplo la existencia de una cierta situación político-social en un determinado momento), ello puede servirle para explicar por qué la decisión esté hecha de una cierta manera o por qué la motivación diga ciertas cosas y no otras, pero no tiene ninguna incidencia sobre la determinación de lo que significa la motivación en su objetiva realidad lingüística.

⁴⁶ También los criterios internos dependen, por lo que hace a su sistematización, del punto de vista en el que se coloca el observador; de igual manera, también los criterios externos están destinados a operar, en todo caso, a partir de las características visibles del discurso. El carácter peculiar de los criterios externos es el de no estar constituidos a su vez por características visibles del discurso, sino por reglas, principios, teorías, conceptos o valores escogidos por el observador con la finalidad de atribuirle algún significado a los que es posible observar directamente del discurso, o que pueda ser individuado a partir de criterios internos. En síntesis, la peculiaridad de los criterios así llamados externos, es la de existir (es decir, de ser formulados) antes o independientemente por parte del observador del discurso, y por lo tanto, lógicamente “fuera” del mismo, y también, en todo caso, la de no ser deducidos del discurso mismo al cual son aplicados.

⁴⁷ Betti habla de interpretación auténtica de la sentencia (BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2ª ed., Milán, 1971, pp. 214 y ss, y 373) con referencia a la corrección de la motivación por parte de la Corte de Casación (el artículo 384, párrafo 2 del Código de Procedimientos Civiles), y a las sentencias así llamadas interpretativas, haciendo derivar el carácter de autenticidad de la interpretación del hecho de que el órgano que la efectúa pertenece al mismo orden al cual pertenece el órgano que ha emanado la sentencia. Por otra parte, este tipo de fenómenos no tiene relevancia respecto a los problemas que delineamos en el texto y que no tienen que ver con la eventualidad de que a otro juez le sea atribuido el poder de cumplir una interpretación vinculatoria de la sentencia, sino con la imposibilidad de que el mismo juez que emitió la sentencia pueda, en un segundo momento, aclarar el significado de su propio discurso.

⁴⁸ Sobre las diversas maneras de individuar las unidades significantes elementales o mínimas, *cfr.* por ejemplo, BLOOMFIELD, *Language*, Londres, 1957 (reimpresión), pp. 79, 136

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

y ss., 264 y ss.; SAPIR, *Il linguaggio. Introduzione alla linguistica*, trad. it., Turín, 1969, pp. 23 y ss. y 33 y ss.; LEPSCHY, *La linguistica strutturale*, Turín, 1966, pp. 111 y ss., 132 y ss., 157, 164 y *passim*; GREIMAS, *Semantica strutturale*, trad. it., Milán, 1968, pp. 21 y ss., 40 y ss., y 49 y ss.; HJELMSLEV *Il linguaggio*, trad. it., Turín, 1970, p. 101.

⁴⁹ En este sentido, *cfr.*, por ejemplo, SCARPELLI, "Semantica giuridica", en *Novísimo Digesto Italiano*, XVI, Turín, 1969, pp. 19 y 31 del estr.; SCHAFF, *Introduzione alla semantica*, trad. it., 2ª ed., Roma, 1969, p. 258.

⁵⁰ Las características gramaticales y sintácticas de la proposición, que no son relevantes para el propósito de individuar a la misma proposición en el conjunto del discurso (dado que en este sentido operan esencialmente los criterios representados por la estructura lógica y por el "contenido"), adquieren relevancia, por el contrario, cuando se trata de la individuación del significado, al menos desde tres diversos puntos de vista: 1) pueden influir en la individuación del significado mismo de la proposición; 2) pueden influir sobre el carácter aprovechable de la proposición como indicio, o representar ellos mismos indicios en sí; 3) pueden influir en la claridad del mensaje constituido por la proposición facilitando u obstaculizando su decodificación.

⁵¹ El discurso que constituye la motivación tiene el carácter de metalenguaje sólo en aquellas partes en las cuales su objeto está constituido por fragmentos de otro discurso (normas, declaraciones de las partes, de los testigos o de otros sujetos, documentos, etc.), mientras que en el resto, en la medida en la que tienen que ver con "hechos" o "cosas" (en general cualquier otra entidad de naturaleza no lingüística), tiene la estructura de un lenguaje en sentido propio. De cualquier manera, en ambos casos dicho discurso no está formalizado y regularmente hace uso de los instrumentos de expresión del lenguaje "natural"; es más, no es otra cosa que una parte de dicho lenguaje. Ello implica que a la motivación le sean aplicables todos las observaciones inherentes al lenguaje (con la única diferencia representada por el uso prevalente de una terminología de jerga o técnica), como la falta de estructuración interna, la incoherencia, la movilidad semántica, etc. Sobre las nociones del lenguaje común, de metalenguaje y de lenguaje formalizado, *cfr.* en todos los casos las exhaustivas exposiciones de SCARPELLI, *op. cit.*, pp. 6 y ss., y de PASQUINELLI, *Introduzione alla logica simbolica*, Turín, 1957, pp. 16 y ss.

⁵² Para la definición de la proposición como entidad lingüística que significa o expresa un juicio (un enunciado, un concepto, etc.) *cfr.* SHAFF, *op. cit.*, *loc. cit.*; SCARPELLI, *op. cit.*, p. 19; TARSKI, "La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica", ahora en L. LINSKY (ed.), *Semantica e filosofia del linguaggio*, trad. it., Milán, 1969, pp. 28 y ss.; MAHRENKE, "Il criterio di significanza", *ibidem*, pp. 191 y ss.; CARNAP, "Empirismo, semantica e ontologia", *ibidem*, pp. 261 y ss.; *id.*, *Meaning and Necessity*, Chicago, 1947, pp. 27 y ss., WAISMANN, *I principi della filosofia linguistica*, trad. it., Roma, 1969, pp. 292 y ss.; HOSPERS, *An Introduction to Philosophical Analysis*, Londres, 1965, pp. 64 y ss.

En el texto se usa voluntariamente el término "proposición" en un sentido técnicamente no riguroso, que es propio del lenguaje común, para indicar una cierta entidad lingüística, para indicar su estructura lógica y para indicar su contenido.

⁵³ El estudio lógico de la proposición es uno de los grandes temas de la lógica y de la epistemología modernas, y resulta, por tanto, imposible ser delineado incluso desde el mero punto de vista bibliográfico. Para una referencia general, *cfr.* PASQUINELLI, *op. cit.*, pp. 43 y ss. y 86 y ss.; STRAWSON, *Introduzione alla teoria logica*, trad. it., Turín, 1961, pp. 53 y ss., 84 y ss., 160 y ss. y 195 y ss.; DEWEY, *Logica, teoria dell'indagine*, tad. it., 2ª ed., Turín, 1965, pp. 176 y ss., 353 y ss.; WAISMANN, *op. cit.*, pp. 292 y ss. y 374 y ss.,

SKYRMS, *Choice and Chance. An Introduction to Inductive Logic*, Belmont, California, 1966, pp. 70 y ss.; TAMMELO, *Outlines of Modern Legal Logic*, Wiesbaden, 1969, pp. 49 y ss. y 64 y ss.; WEINBERGER, *Rechtslogik. Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken*, Viena-Nueva York, 1970, pp. 82 y ss. y 118 y ss. Sobre la historia del tema, *cfr.* KNEALE-KNEALE, *Storia della logica*, trad. it., Turín, 1972, *passim*.

⁵⁴ La función del discurso es la de ser el paradigma general que define los requisitos del modelo concreto al cual el discurso debe adecuarse, y representa, por lo tanto, el término de referencia necesario para individuar tanto a los tipos de proposición que el mismo debe contener, como la estructura del sistema de inferencias que deben vincular entre sí dichas proposiciones. Como veremos (*cfr. infra*, cap. V), la función de la motivación es la de justificar la decisión, y ello determina la reconstrucción de los requisitos estructurales necesarios de la misma motivación. Sobre la noción de función como “dirección hacia un fin”, que se ajusta con el caso bajo examen, *cfr.* SCARPELLI, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

⁵⁵ Véase *infra*, cap. V.

⁵⁶ *Cfr.* cap. V.

⁵⁷ Para una clasificación parcial de las principales opiniones al respecto, *cfr.*, BARTHES, *Elementi di semiologia. Linguistica e scienza delle significazione*, trad. it., 3ª ed., Turín, 1967, pp. 34 y ss. Para otros importantes puntos de vista que aquí no se consideran, *cfr.* SCHAFF, *op. cit.*, pp. 147 y ss.; MORRIS, *Lineamenti di una teoria dei segni*, trad. it., Turín, 1963, 2ª ed., pp. 10 y ss.; *id.*, *Segni, linguaggio e comportamento*, trad. it., 2ª ed., Milán, 1964, pp. 77 y ss. y 96 y ss.; *id.*, *Signification and Significance. A Study of the Relations of Signs and Values*, Cambridge, Mass., 1964, BLACK, *Linguaggio e filosofia*, trad. it., Milán, 1953. Para indicaciones ulteriores, *cfr.* SCARPELLI, *op. cit.*, pp. 6 y ss. y 13 y ss.; ALSTON, *op. cit.*, pp. 85 y ss.; ROSIELLO, *Struttura, uso e funzioni della lingua*, Florencia, 1965, pp. 70 y ss.; GUIRAUD, *La semantica*, trad. It., Milán, 1966, pp. 13 y ss.; SEGRE, *op. cit.*, pp. 61 y ss.; JAKOBSON, *Essais de linguistique générale*, París, 1963, pp. 40 y ss., 178 y ss. y *passim*. Por último, *cfr.* el exhaustivo análisis sintético de ECO, *Il segno*, Milán, 1973, especialmente pp. 32 y ss., 66 y ss. y 140 y ss.

⁵⁸ *Cfr.* DE SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, 4ª ed., París, 1949, pp. 98 y ss.

⁵⁹ En Estados Unidos, el rasgo más característico de los estudios semiológicos fue planteado por la corriente del comportamiento que se debe a MORRIS (*vid.* nota 56), mientras que en Europa la corriente estructuralista (sobre la cual véase, por ejemplo BARTHES, *op. cit.*; LEPSCHY, *op. cit.*; ROSIELLO, *op. cit.*, y especialmente ECO, *La struttura assente. Introduzione alla ricerca semiologica*, Milán, 1968, pp. 253 y ss.) se conforma, con importantes desarrollos realizados por estudiosos como BLOOMFIELD, HJELMSLEV y JACOBSON, a partir de las tesis de DE SAUSSURE. Una corriente relativamente autónoma, pero que presenta conexiones relevantes con la estructuralista, tiende a colocar los problemas de la semiótica en el ámbito de la filosofía marxista; en este sentido *cfr.* SCAF, *op. cit.*, así como los ensayos del mismo autor compilados en el volumen *Filosofia del linguaggio*, trad. it., Roma, 1969.

⁶⁰ La escisión de la investigación a lo largo de las directrices que son constituidas por el significante y el significado, que en sí es metodológicamente correcta, degenera con frecuencia hasta transformarse en mero unilateralismo al enfrentar el problema del signo. Así ocurre, por ejemplo, con muchas de la concepciones más típicamente filosóficas del significado (en relación con las cuales *cfr.* el exhaustivo análisis de SCHAFF, *Introduzione alla semantica*, cit., pp. 125 y ss., además, ASTON, *op. cit.*, pp. 29 y ss.; ODGEN-RICHARDS, *Il significato del significato*, trad. it., 8ª ed., Milán 1966, pp. 211 y ss.) que deben su incongruencia al hecho de haber sido elaboradas sin un (o con un

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

inadecuado) análisis del significante. Al contrario, algunas corrientes en el campo de la semiología lingüística (en relación con la cual *cfr.* LEPSCHY, *op. cit.*, pp. 152 y ss.) tienden a concentrar la atención en la estructura del significante, descuidando frecuentemente el análisis conexo del significado, de donde resulta la persistencia incertidumbre sobre la definición lingüística del mismo significado.

⁶¹ Esa definición debe ser entendida en el sentido de que el signo no existe, y no se verifica por lo tanto significación alguna, si no se instaura la relación significante-significado; ello no implica, por lo demás, que en dicha relación se agoten los factores del proceso de significación. En efecto, desde diversos puntos de vista se ha subrayado que, para que ese proceso tenga lugar, debe verificarse una situación en la cual un sujeto, aplicando criterios de interpretación adecuados, le atribuya un cierto significado a una entidad determinada (por ejemplo, lingüística), sin el cual ésta no puede ser “significante” y, por lo tanto, no asume la función de signo (*cfr.* por ejemplo, MORRIS, *op. ult. cit.*, pp. 10 y ss. y 115 y ss.; GREIMAS, *Semantica strutturale*, cit., p. 11). Sobre los aspectos del proceso de comunicación, o significación, como situación social, insisten particularmente los semiólogos de inspiración marxista: *cfr.*, por ejemplo, SCHAFF, *Introduzione alla semantica*, cit., pp. 118 y ss.

⁶² Ese término, recabado del lenguaje de la teoría de la información, pero que puede ser utilizado en un sentido lato en el análisis del proceso comunicativo, indica el procedimiento con el cual quien recibe el mensaje, haciendo uso de reglas predeterminadas, identifica lo que el emisor pretende comunicar mediante el mensaje. El término en cuestión tiene pues un significado más fuerte de “interpretar”, ya que significa interpretar sobre la base de un “código” determinado, siendo el código un conjunto de reglas para identificar el contenido del mensaje, que han sido convenidas entre el emisor y el receptor, o, en todo caso, que son usadas por el emisor para estructurar el mensaje y con la finalidad de “cargarlo” de un cierto significado, o bien, que son usadas por el receptor para identificar un significado entre los diversos que eventualmente son posibles. Sobre las nociones de código, de código convencional, de codificación y decodificación del mensaje, *cfr.* ECO, *La struttura assente*, cit., pp. 38 y ss., 72 y ss., 93 y ss., 121 y ss. y 141 y ss.; *id.*, *Il segno*, cit., pp. 72 y ss., 143 y ss. y 158 y ss.

⁶³ Debe observarse, a este punto, que el más amplio intento realizado por la doctrina italiana en el sentido de presentar una teoría general de la interpretación de la sentencia (*cfr.* BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., pp. 357 y ss.), mientras que pone en evidencia aspectos esenciales del problema, resulta limitado al menos desde tres perfiles: 1) en el sentido de que tiende a definir en absoluto el procedimiento de interpretación de la sentencia, descuidando el hecho de que éste puede ser diverso en las diferentes situaciones (diferenciadas más adelante en el texto); 2) en el sentido de que asume como absoluto el canon hermenéutico de la totalidad (*cfr.* p. 361), el cual es válido sólo en el caso en el que exista la exigencia de identificar el significado global del discurso, pero no lo es necesariamente en aquellas situaciones en la cual el beneficiario, por las razones más diversas, no puede o no quiere establecer ese significado en su globalidad (un ejemplo de ello es la hipótesis, que se señala más adelante en el texto, en la cual la sentencia es aprovechada por el público, que tiende a utilizar *algunos significados*, sin aplicar cánones totales); 3) en el sentido de no haber tomado en cuenta el hecho de que, al darse la interpretación a partir de códigos de naturaleza y de alcance distintos, se abre la posibilidad concreta de una pluralidad de interpretaciones, determinada por la pluralidad de los modos en que son usados esos códigos, además de la prevalencia que el intérprete puede darle a cada uno de ellos frente a los otros.

⁶⁴ La parte no interpreta la sentencia de acuerdo a “un” código, sino según un conjunto estratificado de códigos distintos. En síntesis, los principales niveles de estratificación de dicho conjunto pueden ser identificados de la siguiente manera: I) código lexical para descifrar el lenguaje común o natural; II) código lexical para descifrar el lenguaje de la jerga judicial o técnico jurídico; III) código para descifrar conceptos, constituido por el conjunto de normas, dogmas, nociones y conceptos jurídicos utilizados en la sentencia; IV) código para descifrar hechos, constituido por los alegatos de hecho, por las deducciones probatorias, por los resultados de las pruebas; V) código para descifrar el derecho, constituido por las demandas, las excepciones planteadas por las partes o determinadas de oficio, por nexos de prejudicialidad o conexión entre las peticiones, por la *causa petendi* y por la *petitum*; VI) código mixto parcial, constituido por una parte de la sentencia utilizada para decodificar otra (p.e. la motivación como criterio de interpretación de las consideraciones de la sentencia). Es algo intuitivo que el número de niveles puede ser multiplicado, si se define de manera más analítica cada uno de los códigos; también es igualmente claro que el orden que aquí hemos indicado es simple (y va sólo de lo general a lo particular), y no indica el orden lógico en el cual las operaciones de codificación se cumplen, o deben cumplirse (la hipótesis más realista es, en efecto, que las mismas se suceden recorriendo “mediante saltos” y de manera variable la estratificación de los códigos; sin embargo, BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 360, parece referirse a un procedimiento ordenado).

⁶⁵ La lectura de la sentencia por parte del *quisque de populo* debería seguir, en línea de máxima, los mismos criterios comunes a las partes y al juez. El respecto deben señalarse posibles interferencias y variaciones, que pueden terminar por impedir de hecho este tipo de decodificación. Las hipótesis esenciales son dos: la primera es debida a la eventualidad de que la sentencia sea puesta a conocimiento del público de manera resumida, incompleta, distorsionada, falsificada o incluso ya decodificada de manera manipulada, con la finalidad de inducir una lectura falsa, o bien para provocar determinadas reacciones emotivas, etc. Eso es lo que ocurre, de manera cotidiana, a través de los *mass media*, en la medida en la que éstos no desempeñan una tarea de “transmisión”, sino de “manipulación” de los mensajes (sobre el problema de las reacciones provocadas por la distorsión de noticias relativas a algunas sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos, estudiado desde un punto de vista empírico-sociológico, cfr. las clarificadoras consideraciones planteadas por JOHNSON, *The Dynamics of Compliance. Supreme Court Decision-Making from a New Perspective*, Evanston, Ill., 1967, pp. 68 y ss.). La segunda hipótesis está planteada por la imposibilidad de que, de hecho, el público utilice los códigos necesarios, lo que ocurre en la medida en la que éstos implican nociones técnico-científicas que no forman parte del conocimiento común: está claro que, en la medida en la que dichos códigos no puedan ser utilizados, el significado de la sentencia ni puede ser descifrado. Por otra parte, también es claro que el uso intenso por parte del juez, de cánones extraños a los criterios de decodificación de los que dispone el público se convierte fácilmente en un instrumento para impedir la lectura, o al menos para aplicar una especie de selección sociocultural, entre los posibles beneficiarios de la sentencia.

⁶⁶ Sobre la distinción en examen, y sobre su equivalencia con la distinción entre “signos artificiales” y “signos naturales”, cfr. SCHAFF, *Introduzione alla semantica*, cit., pp. 156 y ss. y 166 y ss.; *id.*, *Filosofia del linguaggio*, cit., pp. 33 y ss.; ALSTON, *op. cit.*, pp. 92 y ss.; WAISMANN, *op. cit.*, p. 136; HOSPERS, *op. cit.*, pp. 1 y ss.; BARTHES, *op. cit.*, p. 36; GUIRAUD, *op. cit.*, pp. 15 y ss.; SEGRE, *op. cit.*, p. 69; ECO, *Il segno*, cit., pp. 38 y 57 (para una distinción de los signos naturales en síntomas e indicios, y de estos últimos en rastros e indicios).

▪ El problema de la motivación de la sentencia civil ▪

⁶⁷ Sobre la teoría de los signos en la lógica antigua *cfr.* KNEALE-KNEALE, *op. cit.*, pp. 166 y ss.; GIULIANI, *Il concetto di prova*, Milán, 1961, pp. 31 y ss.; PRETI, “Sulla dottrina logica del *ὁρίζησις* nella logica stoica”, en, *Riv. crit. st. fil.*, 1956, pp. 1 y ss.; sobre el pensamiento de Guillermo de Ockam en relación con el punto *cfr.* BRÉHIER, *La filosofia del Medioevo*, tr. It., II ed., Turín, 1966, pp. 429 y ss.

La distinción que es delineada *infra* en el texto está presente también en el filón idealista italiano, bajo la forma de distinción ente interpretación del acto espiritual interno a través de los hechos expresivos externos en vez de que a través de hechos externos no expresivos (*cfr.* p.e. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milán, 1941, pp. 1 y ss. y 103 y ss.). La misma no ha tenido, además, un desarrollo sobre el plano semántico, ya sea porque se derivaba de una concepción del significado como “contenido espiritual” del acto expresivo, o bien porque no se analizó el procedimiento de comunicación en sus componentes estructurales; se trata, por lo tanto, de una analogía que deriva de la aceptación de la distinción general entre los tipos de interpretación, pero que no tiene que ver con la tipología de los signos, ni la concepción semiológica del significado (un intento por aplicar a la interpretación de los signos lingüísticos en general los principios de la estética de Croce es realizado por GORLA, *ibidem*, pp. 107 y ss.).

⁶⁸ *Cfr.* SEGRE, *op. cit.*, p. 69. La finalidad de “significar” inspira al emisor en la creación de un signo en sentido estricto, el cual nace con la función específica de realizar dicha voluntad (de donde se deriva su carácter artificial). En el signo en sentido estricto, la función de significación está establecida, por lo tanto, *ex ante*, mientras que en el caso del indicio está establecida *ex post* por el observador (*cfr.* de manera especial SCAF, *Introduzione*, cit., pp. 156 y s.).

⁶⁹ Sobre el problema de la arbitrariedad y de la convencionalidad de la relación significante-significado en el signo lingüístico *cfr.* SCAF, *Filosofia del linguaggio*, cit., pp. 32 y ss.; BARTHES, *op. cit.*, pp. 31 y ss., 46 y ss.; LEPSCHY, *op. cit.*, p. 47; ECO, *op. ult. cit.*, p. 142.

⁷⁰ La primera hipótesis se verifica cuando el uso de los cánones de interpretación no permite descifrar, en parte o en todo, el discurso que, por lo tanto, en esa medida queda “mudo”, y se reduce a lo que la teoría de la información llama “rumor” (véase al respecto ECO, *La struttura assente*, cit., pp. 19 y ss.). La segunda hipótesis, que puede combinarse de varias maneras con la primera, tiene por efecto que el significado individuado es en todo o en parte diferente del que el emisor pretendía comunicar (sobre las situaciones de este tipo, y sobre las circunstancias que influyen en la elección de los cánones de interpretación, *cfr.* ECO, *ibidem*, pp. 51 y ss.).

⁷¹ Al significado “objetivo” de la sentencia, distinguiéndolo de la *mens iudicis*, hace referencia BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 358; en un sentido diferente, véase DENTI, *L'interpretazione della sentenza civile*, Pavía, 1946, pp. 20 y ss.

⁷² Para la definición general de este concepto, véanse las referencias contenidas en la nota 65.

⁷³ El significado que le puede ser atribuido a cualquier evento material interpretado como indicio es típicamente la existencia, pasada, contemporánea o futura (respecto del indicio), de un evento *diferente* de aquél que constituye el indicio, pero que se presupone que está vinculado a éste de manera tal que la existencia del indicio puede “remitir”, “hacer pensar” o “deducir” la existencia del evento diverso. Bajo este perfil, la noción semiológica de indicio corresponde a la noción jurídica indicada con el mismo término (o a la de “síntoma” usada por la terminología médica), y ello exime de la carga de proporcionar ejemplificaciones adecuadas. Atribuirle un significado a un indicio significa entonces

individualizar el evento cuya existencia es indicada, revelada o presupuesta por la existencia del indicio, el cual, mientras crea una serie de graves problemas en términos de una teoría general del significado (sobre los cuales *cfr.* ALSTON, *op. cit.*, pp. 29 y ss.; SCHAFF, *Introduzione alla semantica*, cit., pp. 211 y ss.), equivale a plantear el problema filosófico del conocimiento indirecto o histórico; la consecuencia es que hasta ahora, al parecer, la doctrina semiológica del indicio no ha logrado a conquistar una autonomía apreciable frente a las teorías gnoseológicas que han sido propuestas en el campo de la filosofía, y se ha quedado en un nivel de elaboración mucho más atrasado del que caracteriza a la doctrina del signo en sentido propio. Por otra parte, sobre el problema del significado del indicio repercuten inevitablemente todas las implicaciones de las doctrinas filosóficas del conocimiento (como ocurre, por ejemplo, en el caso de Husserl, sobre cuya concepción del indicio véanse las críticas de SCHAFF, *op. ult. cit.*, pp. 158 y ss.).

⁷⁴ El problema semiológico de la individuación de los cánones de decodificación del indicio y de su eficacia (sobre lo cual *cfr.* especialmente el cap. III) constituye, en el ámbito de la teoría de los signos, el problema homólogo a los que se plantean sea en campo de la retórica que en el de la gnoseología (y en particular de la epistemología). Desde el punto de vista de la retórica, se trata del problema de la naturaleza de la argumentación que, a partir de una situación dada, intenta convencer al interlocutor de la existencia de un evento distinto (de donde se desprende la importancia de la teoría de los signos naturales en la retórica antigua, como base para la construcción de las reglas de rectitud de la argumentación: *cfr.* GIULIANI, *op. cit.*, pp. 37 y ss.; PLEBE, *Breve storia della retorica antica*, Bari, 1968, pp. 54 y ss. y 62 y ss.). Desde el punto de vista de la gnoseología racionalista, se trata del problema de establecer la estructura lógica de la inferencia que permite inducir la existencia de un hecho no percibido, o no notorio, a partir de la de un hecho percibido (o notorio). Para un examen de las principales tesis en este sentido, bajo el perfil del procedimiento de conocimiento indirecto que cumple el juez, *cfr.* TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., pp. 159 y ss.).

⁷⁵ Sobre las características peculiares de la interpretación por parte del “público”, véase *supra*, nota 64.

⁷⁶ Sobre la función del discurso como criterio de determinación del significado, *cfr.* SCARPELLI, *op. cit.*, pp. 31 y 33 y ss.

⁷⁷ Como regla, el “contexto” en el cual la función del discurso asume un valor determinante, para el objeto de individuación del significado, incluye también el “ambiente” (es decir, las características espaciales, temporales, subjetivas, materiales, etc.) en el cual el discurso es formulado y expresado (*cfr.* SCAF, *Introduzione alla semantica*, cit., pp. 115 y ss. y 200 y ss.). En la hipótesis examinada, por el contrario, el carácter ya subrayado de cierre del discurso constituido por la sentencia elimina la relevancia del ambiente externo al discurso, y hace que el contexto relevante esté representado sólo por el contexto lingüístico constituido por la sentencia al interior de la cual debe individuarse el significado funcional —en sentido propio— de la motivación.

⁷⁸ Para ese fin es poco útil la referencia a la otra norma principal sobre la motivación, es decir el artículo 360 n. 5 del *Código de Procedimientos Civiles*, de la cual se puede deducir que la motivación debe existir y debe ser suficiente y no contradictoria. También esta norma, en efecto, presupone pero no proporciona una definición adecuada de la motivación; por otra parte, los criterios que la misma utiliza requieren, a su vez, para poder ser aplicados, de una integración interpretativa de una amplia dimensión, que debe ir más allá de las escasísimas indicaciones proporcionadas por las normas positivas.

CAPÍTULO II

LA MOTIVACIÓN COMO FUENTE DE INDICIOS

SUMARIO: 1. La motivación como conjunto de hechos significantes; 2. La interpretación indiciaria del significado de la motivación, *a.* Tipos de situaciones interpretativas, *b.* Ejemplos de investigaciones sobre la motivación como fuente de indicios; 3. La interpretación indiciaria en las características estructurales de la motivación; 4. La motivación como hecho no significativo, *a.* La aproximación realista, *b.* La aproximación psicológica, *c.* La aproximación irracionalista; 5. Resultado y relevancia de la interpretación de la motivación como fuente de indicios.

1. LA MOTIVACIÓN COMO CONJUNTO DE HECHOS SIGNIFICANTES

En el capítulo anterior se aclaró, en términos generales, la manera en que la motivación de la sentencia puede ser interpretada no solo desde el punto de vista de lo que la misma “quiere” o “tiene la función de” expresar, sino que también puede ser objeto de un análisis de otro tipo que, asumiendo a la motivación o a una parte de la misma como un indicio, tienda a individuar uno o más significados “impropios”, representados por aserciones en torno a eventos no comprendidos en el significado estricto de la motivación, en tanto no hayan sido expresados directamente por el juez. El punto ahora es el de examinar más detalladamente las hipótesis en las cuales la motivación es considerada no como un conjunto de signos lingüísticos dotados de significado propio, sino como un “hecho” (un comportamiento, o mejor, el resultado de un comportamiento del juez), idóneo para proporcionar el punto

de partida de un procedimiento que lleve al descubrimiento de otros hechos relativos al juez, al procedimiento seguido para llegar a la decisión, a los factores que han influido sobre ésta, y así sucesivamente.

Antes que nada, debemos hacer algunas consideraciones tendientes a aclarar las implicaciones que conlleva una perspectiva de este tipo. La primera de ellas tiene que ver con la globalidad de una aproximación realizada en ese sentido: quien asume el punto de vista de la motivación como discurso para individuar su significado propio, parte lógicamente de la determinación del significado de los elementos atómicos del discurso en particular —las proposiciones—, pero tiende a superar este nivel para lograr establecer lo que significa la motivación en su conjunto; ello es así porque, tratándose de un discurso con una estructura funcional global, su mismo significado no puede ser descifrado propiamente sino (tendencialmente) en el marco de dicha estructura. De manera contraria, difícilmente podría la entera motivación constituir un indicio (o bien un hecho “significativo”). En efecto, resulta más fácil concebir a la motivación como un posible conjunto de datos de hecho (en línea de máxima entre ellos heterogéneos), cuyo valor indiciario varía en cada ocasión dependiendo de los criterios de interpretación utilizados.

Debe precisarse además, que el dato de hecho al que aquí nos referimos no está constituido por la mera existencia física de un cierto discurso objetivizado en el escrito, o de alguna de sus partes: se trata, por el contrario, de un hecho que tiene una estructura compleja, y que sólo en parte puede ser individuado a través de la percepción empírica. En general, el mismo puede definirse como un comportamiento del juez, constituido por la afirmación de determinadas cosas en la motivación: se trata, por lo tanto, de un hecho que puede individuarse sólo a través de una reconstrucción que realice el intérprete (por vía inductiva e hipotética), sobre la base de lo que dicho comportamiento haya producido, es decir, las aserciones y los juicios expresados por el juez en la motivación.

La principal consecuencia que se desprende de lo anterior es, además de la relevancia que asume la actividad del intérprete desde el momento mismo de la construcción del objeto de la interpretación, la indeterminación objetiva del hecho que puede ser considerado como indicio al interior de la motivación, es decir, el comportamiento del juez. En otros términos, aquello que contiene concretamente la motivación (es decir, una serie de enunciaciones) puede dar lugar a la reconstrucción de una plura-

lidad de comportamientos del juez que pueden ser utilizados como indicios. Dicha pluralidad debe ser entendida también en el sentido de variabilidad, en razón de la posibilidad de que haya diversas aproximaciones que el intérprete puede utilizar para determinar los “datos de hecho” en cuestión. En estricto rigor, por lo tanto, la expresión “motivación como hecho” presenta diversos aspectos impropios; aunque la misma puede mantenerse, por otra parte, para indicar el carácter dominante de esos modos de considerar el fenómeno que parten de la identificación, al interior del mismo, de indicios que pueden ser utilizados para remontarse a fenómenos de diversa naturaleza.

El elemento esencial que caracteriza este tipo de situación interpretativa referida a la motivación, es la función decisiva que es atribuida a la selección del método que realiza, caso por caso, el intérprete: es el canon o el sistema de cánones interpretativos que este escoge libremente, el que representa el principio de individuación de lo que en la motivación puede ser asumido como indicio signifiicante, pero es también el mismo canon el que define el contenido de las ilaciones que pueden desprenderse de dicho indicio,¹ además de la confiabilidad de las conclusiones que de las mismas se desprenden (y que constituyen el significado que se le atribuye al indicio).

Evidentemente se reflejan sobre este punto todas las dificultades que a nivel general revisten, en el plano lógico y cognoscitivo, a los procedimientos de conocimiento o de interpretación inductiva, dificultades que adquieren una importancia mayor, como puede suponerse, precisamente por el carácter indeterminado del “hecho” que constituye el punto de partida del análisis indiciario de los contenidos de la motivación. Por otra parte, todo aquello que permite precisar que, en la medida en que la interpretación de dichos indicios es una variable dependiente de las selecciones interpretativas del observador, la motivación puede ser considerada como una fuente de indicios a la cual puede remitirse una pluralidad teóricamente indeterminada de significados.²

De esta manera resurge claramente la principal peculiaridad de este tipo de aproximación al tema de la motivación, constituida por la falta de “un” significado propio con el que pueda referirse a ésta y que, por el contrario, en principio puede ser determinado en la situación en la cual la motivación es interpretada como un signo lingüístico en sentido estricto. Además, dado que el “valor de verdad” que se le da al significado referido al indicio es, a su vez, el resultado de una inferencia interpretativa en

la cual el indicio identificado en la motivación es subordinado, se deriva que no tiene ni siquiera sentido el preguntarse cuál sea el verdadero significado del indicio, si no es al interior de cada una de las operaciones interpretativas, en lo individual, y con referencia exclusiva a los cánones que en ella son aplicados.

2. LA INTERPRETACIÓN INDICIARIA DEL SIGNIFICADO DE LA MOTIVACIÓN

Habiendo delineado en sus características generales el procedimiento en el que consiste la interpretación en calidad de indicios de los elementos contenidos en la motivación, es necesario definir aquello que dentro de la motivación puede ser asumido como un indicio, en relación al tipo de situación signíca establecida por el intérprete. Se trata, pues, de establecer, a partir de la consideración de la motivación como una entidad lingüística compleja, cuáles son las características que aquella, o sus partes, asumen en la situación en la cual el discurso del juez no es interpretado como un signo en sentido propio, sino como fuente de indicios.

Se ha dicho antes que, en línea de máxima, el indicio está constituido por el comportamiento del juez que ha realizado determinadas aserciones en la motivación: se trataba de una definición queridamente genérica que ahora debemos precisar. Ante todo, ese comportamiento del juez no es un indicio en sí, sino sólo en la medida y en la forma en la que sea traducido en una o más aserciones expresadas en el contexto de la motivación. La observación en banal, pero sirve para excluir de la esfera de los indicios que es de nuestro interés a todos aquellos comportamientos del juez que, por no haber sido concretados y objetivizados en el discurso que constituye a la motivación, solamente pueden ser postulados, imaginados o reconstruidos por el intérprete.³ La referencia al indicio como “comportamiento expresivo” del juez sirve, en consecuencia, no para colocar al indicio fuera de la motivación, sino para subrayar que éste no está constituido por entidades lingüísticas consideradas en sí mismas, sino por el hecho de que éstas hayan sido postuladas en una situación particular y con una finalidad específica (es decir, la justificación de una decisión particular). Dicha referencia asume relevancia también en la medida en la que, como se verá más adelante, tendencialmente los hechos son

▪ La motivación como fuente de indicios ▪

individuados a través de los indicios que se desprenden de la motivación y que tienen que ver precisamente con la función del juez, con su personalidad o con la naturaleza de la actividad que éste realiza en concreto.

Al respecto, para una mayor claridad, es necesario evocar nuevamente la distinción antes señalada entre las dos principales situaciones interpretativas de los indicios que pueden encontrarse en la motivación, la primera de las cuales se caracteriza por el hecho de que el significado propio de la motivación, o de una de sus partes, es un componente de lo que es asumido como indicio, y la segunda por el hecho de que el indicio no comprenda necesariamente dicho significado.

a. Tipos de situaciones interpretativas

A la primera de esas situaciones pueden reconducirse diversos tipos de uso indiciario de elementos que están contenidos en la motivación:

1) El análisis del discurso del juez que constituye la motivación permite identificar, entre los diversos tipos de juicio que en él se expresan, juicios que pueden calificarse “de valor” en la medida en la que consisten en la apreciación de hechos, cosas o situaciones, realizada conforme a criterios metajurídicos, de naturaleza ética, política, estética, etc.⁴ Aparte del problema de tener que establecer cuándo, en qué medida y sobre qué cosa el juez pueda o deba realizar valoraciones de este tipo (problema que tiene que ver, por un lado, con la teoría de la interpretación y, por otro lado, con la teoría de la actividad del juez según las normas que la regulan), el dato de hecho que emerge del examen del contenido de la motivación está constituido por la frecuente presencia de las valoraciones señaladas en el discurso justificativo que el juez realiza. La individuación de este dato ocurre típicamente a través de la interpretación de la motivación como signo lingüístico en sentido estricto, dado que la individuación del significado propio de dicho discurso conduce a determinar el contenido y la naturaleza de los juicios que son formulados por el juez.⁵ Nos encontramos, en sustancia, en una situación en la que el intérprete construye el indicio utilizando los cánones convencionales, lingüísticos, conceptuales y relativos al contenido, que son típicos de la interpretación de la motivación a partir de la así llamada “voluntad de significar” del juez. Identificado el resultado en el cual dicha “voluntad” se ha expresado, la aplicación de la habitual tipología de las expresiones lingüísticas y

de los juicios permite aislar los juicios de valor formulados por el juez, ya sea que éstos hayan sido expresados de manera clara y directa, o bien que su presencia puede ser establecida, de cualquier manera, dentro del significado de la motivación.⁶

De esta manera se identifica el dato “significante”, que está constituido por el hecho de que el juez haya formulado un juicio de valor sobre un determinado objeto o evento, con un cierto resultado. Dicho juicio puede tener, además de su significado propio, un significado no lingüístico que puede identificarse en la medida en la que su formulación hecha por parte de un juez sea entendida como un indicio. El primer paso en ese sentido consiste en la determinación del valor que el juez ha asumido como criterio en la formulación del juicio en cuestión.⁷ Se trata de un problema que, desde el punto de vista estrictamente lógico-formal no presenta dificultades particulares, en la medida en la que, una vez que se ha vuelto explícita una cierta conexión entre un sujeto y un predicado, debería ser generalmente sencillo inducir cuál fue la regla de conexión usada. Viceversa, en concreto, la determinación del valor en el cual se inspiró el juez puede implicar perplejidades notables y requiere de una delicada operación reconstructiva, ello es así tanto porque los mismos términos en los cuales se ha expresado el juicio pueden ser ambiguos y polivalentes, como porque lo que es en realidad un juicio de valor puede ser formulado como si fuera un juicio de hecho o una aplicación “objetiva y neutral” de la norma,⁸ o bien porque el juez puede expresar el juicio de valor no como algo propio, sino como el fruto de la revelación objetiva de lo que ocurre en el “sentir común”.⁹ En todo caso, en la medida en la que resulta posible individuar el valor que el juez asumió como efectivo criterio de juicio, tenemos una inferencia que parte de la formulación que el juicio mismo encontró en la motivación para poder identificar un significado representado por la adhesión por parte del juez al valor que fue utilizado como criterio de valoración.

El resultado de este proceso de decodificación del indicio puede ser relevante en sí porque nos dice algo en torno al juez, volviendo explícitas la presencia y el contenido del criterio metajurídico de valoración que él ha empleado. Por otra parte, su importancia cognoscitiva no está contenida necesariamente dentro de estos límites y puede, incluso, ser ampliada en dos direcciones. Ante todo, la asunción por parte del juez de un determinado valor es una premisa de la cual pueden desprenderse tanto la

exclusión de valores contradictorios e incompatibles,¹⁰ como la probabilidad de la asunción de valores coherentes en un plano más general.¹¹ Desde un segundo punto de vista, el poner en relieve la presencia, dentro de la misma motivación, de diversos juicios de valor vuelve posible hacer una valoración crítica de la coherencia interna de ese conjunto, así como de su correspondencia con los valores que están codificados en el ordenamiento, con los valores asumidos como propios de la sociedad o por una clase social en un momento histórico determinado, o con los valores asumidos como propios por el intérprete.¹² No debe olvidarse, además, que, ampliando el campo de los indicios (entendidos como juicios de valor) a una pluralidad de motivaciones (y por lo tanto a una pluralidad de jueces), se amplía correlativamente el campo de los significados que pueden ser individuados mediante los procedimientos de interpretación hasta ahora descritos. En esta perspectiva, se trata de significados que ya no tienen que ver con los valores de un juez en particular, sino el conjunto de los valores de la judicatura en torno a determinados eventos o problemas, en determinados períodos histórico-políticos.

Operaciones de este tipo han sido recientemente reconducidas a campo de la sociología del derecho,¹³ y probablemente se trata de una definición exacta, aunque sirve para poner en evidencia, especialmente, el aspecto metodológico de algunas de las investigaciones hasta ahora realizadas. Pero más allá de las clasificaciones, lo que importa es el valor que los “conocimientos” del tipo de los que aquí hemos descrito tienen no sólo para el filósofo y el sociólogo, sino también, y especialmente, para el jurista. Éstos verifican empíricamente (dentro de los límites y con las modalidades con las que se puede hablar de verificación empírica en las ciencias sociales o “del espíritu”) la falsedad del presupuesto tradicional inherente a la “falta de valores” de la actividad del juez en particular y de la jurisprudencia en general, y colocan la función jugada por la misma jurisprudencia en las coordenadas histórico-políticas indispensables para su comprensión.

Habiendo sido delineado mediante indicios muy generales el procedimiento de recepción, en su calidad de indicios, de los juicios de valor formulados por el juez en la motivación, queda sólo por constatar cuánto se ha concretado realmente en ese sentido en nuestro país.

Evidentemente, no es el caso intentar hacer aquí una *summa* de referencias de las pocas contribuciones aparecidas hasta ahora y que ya son

muy conocidas;¹⁴ vale la pena resaltar el hecho de que nos encontramos todavía en el nivel de los primeros intentos, y que permiten entrever algunos aspectos de una problemática extremadamente amplia y compleja. De lo que todavía se advierte la falta es de un enfoque general de los problemas que enfrentan las investigaciones en esta materia y de los métodos para resolverlas, en el cual los resultados empíricos puedan encontrar una adecuada sistematización y al mismo tiempo un criterio de control y de valoración. Al respecto, escasas indicaciones provienen de las mismas doctrinas jurídicas que ponen en evidencia la función de los juicios de valor en la estructura de la decisión,¹⁵ y además indicaciones de muy poca relevancia acompañan la exposición de los resultados de las investigaciones hasta ahora realizadas.¹⁶ A falta de ello, los datos aislados que cada una de las investigaciones propone tienen un valor ejemplificativo que se carga fácilmente de connotaciones ideológicas respecto de la función que juega la jurisprudencia en un determinado contexto histórico-político, pero su valor cognoscitivo se queda dentro de límites estrechos, y deja demasiado espacio a equívocos y a fáciles negaciones apodícticas.¹⁷

2) En el tipo de interpretaciones que hemos apenas descrito, el significado del indicio está constituido por una hipótesis que tiene a trascender el ámbito de la decisión en lo individual y a revestir comportamientos o posturas más generales. De manera diversa, es posible individuar un tipo de interpretación de los indicios contenidos en la motivación, en la cual el significado que se les atribuye a esos indicios tiene que ver con la misma decisión en particular. Es evidente que no se trata de un procedimiento incompatible con el que hemos descrito. El procedimiento que ahora estamos examinando se distingue, además, por la naturaleza de los resultados que tiende a arrojar, así como por el hecho de utilizar un presupuesto peculiar.

Por lo que hace a la naturaleza del significado que le es atribuido al indicio, éste consiste en una aserción sobre la decisión en lo individual, o sobre el comportamiento del juez en la medida en la que es relevante para determinar dicha decisión. En otros términos, se trata de inferir, a partir de los elementos ofrecidos por la motivación, el conocimiento de determinados aspectos de la decisión que no encuentran una expresión directa en el discurso que constituye la sentencia. Con ello, se evidencia el presupuesto que caracteriza la aproximación que estamos examinando, y que consiste en postular la no coincidencia (absoluta o parcial) entre las razo-

nes que el juez ha expresado en la motivación y los que deben ser considerados los “motivos reales” de la decisión. Dicho presupuesto es indispensable desde el punto de vista que estamos considerando, debido a que no se puede pretender derivar de la motivación conclusiones que no están expresadas en ella y que son inherentes al proceso lógico que han llevado al juez a la decisión, si no es formulando una serie de hipótesis respecto de la heterogeneidad que existe entre dicho proceso frente al que constituye la estructura de la motivación. De manera contraria, una hipótesis de este tipo no es necesaria cuando las conclusiones a las que se busca llegar tienen que ver con el comportamiento del juez en general, ya que más bien, en este caso, la inferencia es más inmediata y más “segura” si parte del presupuesto de que el indicio ofrecido por la motivación es una expresión de una actividad valorativa que el juez realmente realizó en el momento de emitir su decisión.

Sobre el papel que la distinción entre “motivos reales” y “motivos expresados” juega en la reconstrucción de la estructura de la motivación, más adelante realizaremos las consideraciones necesarias;¹⁸ lo que aquí nos importa destacar es cómo aquella representa el inevitable punto de partida del tipo de investigación que se propone inferir, a partir de los motivos expresados (considerados como un indicio), aquellos que son los *diversos* motivos reales, no expresados, por la decisión.

Este particular modo de utilización del contenido de la motivación puede articularse en dos ejes principales, cada uno de los cuales lleva a formular conclusiones diferentes respecto de los factores que han llevado a la decisión o que han influido sobre ella. El primer eje tiene que ver con la individuación de las elecciones prácticas o ético-políticas que el juez fue realizando a lo largo del *iter* que lo llevó a formular una determinada decisión, pero que no enunció en la motivación; el segundo eje tiene que ver, por el contrario, con la individuación de factores de carácter psicológico, social y cultural que, en tanto componentes de la personalidad del juez, influyen en las elecciones que éste toma y que, por lo tanto, determinan la decisión.

Bajo el primer perfil, el significado que le es atribuido al indicio está constituido por una aserción respecto a una valoración efectuada por el juez, y que no está enunciada en el contexto de la motivación. En ese sentido, no tiene relevancia que se haya tratado de una elección consciente y racionalizada (aunque en este caso se plantea el ulterior problema de

las razones por la cuales la misma no fue explicitada en la motivación); se puede incluso decir que el carácter peculiar de las elecciones que el intérprete tiende a reconstruir no es el de haber sido realmente conscientes o racionalizadas, sino el de *poder serlo* (o de *deber serlo*).¹⁹ En todo caso, el objetivo que el intérprete se propone es el individuar, en la secuencia de juicios y elecciones que en realidad han conducido al juez a formular la decisión, una elección que, aun cuando no fue hecha explícita, sí determinó, en todo o en parte, la decisión misma.

Ejemplificar lo anterior no conlleva ningún problema: el campo más amplio está representado, sin duda, por las valoraciones de carácter metajurídico, tanto porque se trata de valoraciones que el juez tiende a no hacer manifestas,²⁰ como por su variedad. El campo de dichas valoraciones se extiende, en efecto, desde los juicios de valor en sentido estricto (que pueden jugar el papel de elección no declarada ya sea en el momento de interpretación de la norma, ya sea en el momento de constatar los hechos),²¹ hasta las decisiones de carácter puramente práctico (entendidas también en el sentido de elección entre las consecuencias prácticas de una alternativa jurídica).²² Por otra parte, frente a la extrema variedad de estas valoraciones, se presenta el hecho de que precisamente su carácter metajurídico tiende a provocar que las mismas se mantengan en la sombra, ocultas más o menos hábilmente tras argumentaciones de “pura lógica” o de “puro derecho”, y por esta razón el procedimiento de análisis indiciario de la motivación es particularmente idóneo para descubrirlas. Sin embargo, aun cuando el de las elecciones metajurídicas sigue siendo el campo privilegiado de ese análisis, no se puede excluir que éste sirva también para individuar, más allá de los motivos jurídicos que son expresados, la elección real no expresada, aunque también sea jurídica, que constituye el presupuesto efectivo de la decisión;²³ ello no sólo en los casos de una motivación elíptica o implícita, sino también cuando el juez haya motivado la decisión sobre la base de razones jurídicas diferentes, en todo o en parte, de aquellas a través de las cuales había llegado a formular la decisión.

De acuerdo con el segundo de los perfiles antes indicados, el significado que le es atribuido al indicio que ofrece la motivación está constituido por una aserción inherente, no a una elección realizada por el juez, sino más bien a la presencia de factores de diversos tipos que condicionan el comportamiento del juez en la formulación de la decisión. Desde este

punto de vista, ésta es considerada como el resultado casual de la influencia de dichos factores: la presencia de éstos y su operabilidad en ese sentido pueden ser inferidas directamente del contenido de la decisión, con el uso de los cánones interpretativos adecuados,²⁴ pero la premisa de un procedimiento de este tipo puede también estar constituida por elementos de la motivación, compuestos por la expresión de valoraciones metajurídicas o por connotaciones expresivas particulares presentes en el lenguaje utilizado por el juez.²⁵ La naturaleza de los cánones que pueden ser aplicados para realizar la interpretación indiciaria de estos elementos es la de la relación causa-efecto: mientras que el efecto está constituido por aquello que es asumido como indicio, una regla de este tipo permite remontarnos a la causa, o sea, al factor determinante, que representa el significado del indicio.

Habiendo sido descritos de manera sumaria los dos principales modelos de individuación de las “razones reales” de la decisión a través de la consideración de los “motivos expresados” en función de indicios, vale la pena relevar que no se trata de modelos excluyentes, e incluso pueden combinarse en un modelo más complejo. Ante todo, se puede partir de la hipótesis de que las elecciones no expresadas por el juez son, a su vez, el fruto de condicionamientos psicológicos, culturales, etc., que operan sobre el mismo juez, de manera que los dos procedimientos de interpretación del indicio que hemos descrito antes pueden unificarse en un esquema del siguiente tipo: asumido como indicio significativo un determinado elemento de la motivación, se desprende la determinación de la “elección real” realizada por el juez; en un momento posterior, puede derivarse la individuación de los condicionamientos que determinaron al juez para efectuar dicha elección.

Debe observarse además que, por un lado, el condicionamiento social o cultural que opera sobre el juez puede ser evidenciado, aceptado y racionalizado por él mismo. En tal caso, el factor condicionante deja de operar en el plano del inconsciente y, al contrario, es asumido plenamente como un valor, es decir, como un canon de valoración, cuya individuación bajo el perfil del uso que el juez hace de él en la decisión puede ser realizado de mejor manera bajo el primero de los esquemas que antes hemos descrito. Al contrario, un valor o, en todo caso, una regla de elección, metajurídica o también jurídica, que desde un principio es deliberadamente asumida como criterio de valoración por el juez, puede perder las características de con-

ciencia y voluntariedad, para ser aplicada de manera automática,²⁶ no deliberada y no crítica. En este caso, la regla en cuestión puede continuar determinando la postura del juez, pero ya no como criterio de elección consciente y racional, sino como un condicionamiento inconsciente y no racionalizado: he aquí, en consecuencia, que un elemento teóricamente comprendido en el primero de los esquemas antes descritos que termina, de hecho, por moverse al ámbito del segundo.

*b. Ejemplos de investigaciones sobre la motivación
como fuente de indicios*

Con el riesgo de descuidar ulteriores consideraciones teóricas sobre los temas que hemos brevemente esbozado, resulta necesario considerar con mayor detalle las modalidades con las cuales los esquemas en cuestión pueden ser utilizados en el análisis de la motivación. Al respecto, sin embargo, debe señalarse preliminarmente que la frecuencia con la que la aproximación en examen resulta concretamente utilizada va a la par de la confusión que caracteriza su uso. Por un lado, dicha aproximación está presente con frecuencia, de manera más o menos amplia, en las investigaciones sociológicas, psicológicas, y también propiamente jurídicas, que tienen por objeto a la sentencia. Por otro lado, dicha reconstrucción no es regularmente realizada o presentada como un momento interpretativo caracterizado por la peculiaridad del procedimiento lógico que utiliza, y tiende más bien a confundirse con aproximaciones de diversa naturaleza, que van del análisis del significado propio de la sentencia, al análisis de la decisión realizada sin tener en cuenta a la motivación expresada. De ahí la consecuencia de que la individuación de las “razones reales” no expresadas de la decisión ocurre frecuentemente de manera fragmentaria, episódica, y sobre todo sin una precisa colocación en el campo de los diversos modos posibles de análisis de la sentencia.

Más allá de estas hipótesis, que precisamente por el hecho de no estar sostenidas por una adecuada claridad metodológica no pueden tener más que un valor meramente ejemplificativo, las orientaciones fundadas sobre precisas tomas de posición constituyen un listado muy breve, al menos por lo que nos consta hasta ahora. Más breve todavía es, además, el listado de las indicaciones que han superado la fase de la mera sugerencia y se han traducido en análisis concretos.

▪ La motivación como fuente de indicios ▪

A nivel de sugerencias, las pocas contribuciones provienen principalmente del filón doctrinario que se enfoca al análisis psicológico de la decisión: en gran medida esas posturas tienden a fundar el análisis sobre bases que se abstraen del estudio específico de la motivación, aunque, aún cuando sea de manera un tanto esporádica, aflora la invitación a considerar la motivación como un elemento relevante para individuar el mecanismo psicológico que ha llevado al juez a la decisión. En ese sentido, deben recordarse, ante todo, las muchas indicaciones dispersas en los escritos antes recordados de Bendix,²⁷ quien, con la finalidad de evidenciar lo mucho de irracional que subyace a la decisión, incluso cuando ésta esté sostenida por una motivación “racionalizada”, pretendía individuar los factores psicológicos de la decisión manteniéndose lo más cerca posible a lo que, en ese sentido, le sugería el análisis específico del modo en el que los jueces alemanes de su época motivaban sus decisiones.

En un ambiente cultural totalmente diferente, otro autor que, por algunos aspectos, puede ser colocado entre los precursores del realismo jurídico norteamericano, indicaba justamente a la motivación de la sentencia como el lugar en donde se podía encontrar el material necesario para hacer el análisis psicológico de la decisión.²⁸ Sin embargo, dicha sugerencia no fue recogida por los “realistas” en toda forma, quienes prefirieron considerar a la motivación como algo insignificante en ese sentido;²⁹ por otra parte, el estudio psicológico de la decisión judicial, por lo que consta, hasta ahora solamente ha logrado producir algunas tipologías un tanto aproximativas de la estructura psicológica de la decisión, mismas que tienen en cuenta, en diversa medida, las características que están presentes en la “forma” con la que el juez enuncia la decisión y las razones en las que se sostiene.³⁰

En el plano de la concreta realización de investigaciones encaminadas a inferir a partir de elementos contenidos en la motivación las diversas “razones reales” de la decisión, las referencias son esencialmente tres. Ante todo, a pesar de su número limitado, resultan particularmente significativos (entre otras cosas, también por el momento cultural y político al que se remontan) los ejemplos de análisis de los motivos irracionales de la decisión a través de la motivación, proporcionados por Bendix en algunos de sus trabajos antes recordados.³¹ En segundo lugar, deben recordarse diversos momentos de los estudios sociológicos en torno a los “valores” en la jurisprudencia, realizados en Italia, en los cuales el punto de tránsito del

análisis de la motivación a la individuación de valores ético-políticos dominantes en la jurisprudencia de determinados períodos, está representado precisamente por la reconstrucción, a partir de los elementos proporcionados en ese sentido por la motivación, por las “elecciones reales” de carácter prevalentemente metajurídico realizadas por el juez.³²

En tercer lugar, vale la pena recordar, finalmente, un filón de investigaciones que, aunque no han tenido una elaboración completa, se ha manifestado, sin embargo, en un número bastante amplio de contribuciones: se trata de las investigaciones realizadas por Gorla directamente, o bajo su guía, que tienen por objeto el estudio del precedente judicial en Italia.³³ Aquí no interesa comentar los resultados a los que han llegado estas investigaciones, sino más bien poner en relieve el método interpretativo que en ellas se ha utilizado, con la finalidad de aclarar su colocación dentro de los modos de aprovechamiento de la motivación como indicio significativo. Los aspectos metodológicos relevantes de las investigaciones a las que nos referimos son esencialmente dos: a) el hecho de que el punto de inicio de la investigación esté constituido por la interpretación de la sentencia a partir de lo que el juez ha afirmado en la motivación, no con la finalidad de establecer “lo que ha sido juzgado”, sino más bien con la intención de establecer, aclarando las eventuales ambigüedades, lo que el juez efectivamente dijo para individuar la *ratio decidendi* expresada y distinguirla de los *obiter dicta*; b) el hecho de que este tipo de interpretación de la sentencia, y en particular de la motivación, no constituya un fin en sí mismo, sino que deba servir como premisa para una inferencia encaminada a individuar “lo que está detrás de la motivación”, o bien, en concreto, a establecer si y en qué medida el juez asumió como regla de juicio las decisiones emitidas por el mismo o por otros jueces en calidad de situación tipo idénticas o análogas.³⁴

Desde el punto de vista metodológico, esta investigación representa un ejemplo particularmente significativo de la utilización de la motivación como indicio. En efecto, el momento de la interpretación de la sentencia equivale a la operación que antes hemos indicado como construcción del indicio (o de individuación de la premisa de la inferencia que debe cumplirse con base en la motivación), estando constituido este último por lo que se ha convenido llamar “significado propio” de la motivación. Por otra parte, el momento de la individuación de la *ratio decidendi* “real” (que puede diferenciarse de la que es expresada), y en particular de la determi-

nación de la eficacia de hecho expresada por el precedente, consiste esencialmente en una inferencia (o en un conjunto de inferencias), en la cual la *ratio* real de la decisión y el papel que en ella ha tenido la adhesión del juez al precedente representa la conclusión inherente al significado que le es atribuido al indicio encontrado en el ámbito de la motivación.

De las indicaciones que hemos delineado sintéticamente, lo que llama la atención con evidencia particular es, además de la falta de planteamientos metodológicos satisfactorios,³⁵ la notoria escasez cuantitativa (y frecuentemente también cualitativa) de las aportaciones y de las sugerencias encaminadas a la interpretación de la motivación en los modos delineados en *sub* 1) y 2). Al respecto, una explicación puede encontrarse en las características esenciales de los principales tipos de aproximación a la relación entre la motivación y las razones reales de la decisión: la postura de tipo tradicional, que plantea la hipótesis de la coincidencia entre las razones reales y los motivos expresados, resuelve evidentemente el problema de la individuación de las primeras en el de la comprensión de los segundos (excluyendo, en consecuencia, la posibilidad teórica de una inferencia de los motivos expresados a las diversas razones reales).³⁶ La postura contraria, que parte de la distinción entre las razones reales y los motivos expresados tiende, por el contrario, como veremos más adelante, a radicalizar dicha distinción hasta negar (o en todo caso descuidar) la posibilidad de que la motivación en sí pueda servir como premisa para un procedimiento de inferencia que permita identificar las razones reales de la decisión o, más en general, del comportamiento del juez.³⁷ Al contrario, el tipo de aproximación que hemos apenas examinado, se coloca en una suerte de lugar intermedio entre estos dos puntos de vista, ya que, mientras parte en un principio de la distinción entre los motivos expresos y las razones reales de la dicción, admite, sin embargo, la posibilidad de inferir las segundas con base en las primeras.

Se trata, evidentemente, de una posición susceptible de desarrollos mucho más amplios de los que aquí hemos indicado con los ejemplos examinados: no sólo, teóricamente se abre una gama indeterminada de posibles significados (inherentes a la realidad de la decisión) que pueden remontarse a los indicios contenidos en la motivación. Por otra parte, es igualmente evidente que dichos desarrollos no pueden prescindir de la solución de una serie de graves problemas, que van desde escoger el sistema de reglas de inferencia hasta la determinación de la relación que se

presupone existe entre la “decisión real” y la motivación. El estado, en su conjunto insatisfactorio, de las investigaciones realizadas mediante el uso como indicios de los elementos ofrecidos por la motivación, encuentra probablemente su explicación final en el hecho de que estos problemas todavía están en gran medida irresueltos.

3. LA INTERPRETACIÓN INDICIARIA EN LAS CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DE LA MOTIVACIÓN

Para completar el cuadro de las hipótesis en las cuales puede realizarse la interpretación de la motivación como fuente de indicios, queda por considerar el caso en el cual aquello que es asumido como indicio no está representado necesariamente por el significado propio de la motivación, o de una de sus partes o fragmentos, sino por determinadas características estructurales presentes en el discurso que constituye la motivación. La expresión “características estructurales” debe ser entendida en un sentido amplio, debido a que el indicio que puede ser utilizado por el intérprete puede eventualmente no estar constituido solamente por el esquema lógico-formal que el juez le ha dado a la motivación, sino también por otras peculiaridades del discurso como, por ejemplo, el uso de determinadas expresiones lingüísticas, o de determinados esquemas o dogmas conceptuales, o de particulares instrumentos lógicos o *tòpoi* argumentativos.³⁸ La peculiaridad del tipo de aproximación que ahora estamos examinando no puede ser definida, en consecuencia, a partir de la naturaleza lógica o lingüística común de los elementos de la motivación que son asumidos en calidad de indicios, sino a partir del hecho de esos elementos pueden ser interpretados, de manera relativamente independiente de la identificación del significado propio que tienen las expresiones lingüísticas con las que se constituyen, en el contexto específico de la motivación de una decisión determinada. Relativa independencia en este sentido significa: a) que es necesario un primer nivel de identificación del significado del discurso; b) que no es necesaria, a pesar de que en ciertos casos pueda ser útil, la individuación completa del significado propio de la motivación bajo el perfil jurídico funcional; c) en consecuencia, el significado propio del discurso dentro del cual el indicio es identificado puede tener una función accesoria, pero no es un componente típico del indicio en sí mismo.

Visto lo anterior, queda por precisar ulteriormente el punto que tiene que ver con la individuación, en el contexto de la motivación, de un elemento destinado a ser interpretado como indicio de acuerdo con el tipo de aproximación que nos interesa examinar. Para ello, más que un tentativo de una formulación abstracta, puede servir la indicación de algunos ejemplos de posibles indicios que no contengan necesariamente el elemento constituido por el significado propio de una parte de la motivación. Desgraciadamente, por lo que sabemos, hasta ahora sólo uno de esos ejemplos ha sido planteado concretamente como objeto de investigación desde la perspectiva que estamos examinando, por lo que, más que verdaderos y propios ejemplos, se tratará más bien de propuestas o de indicaciones en torno a los posibles modos de utilización de los elementos contenidos en la motivación y que sean relativamente independientes de su significado propio.

Una primera posibilidad puede probablemente referirse a las características peculiares del lenguaje utilizado por el juez. Por un lado, por ejemplo, bajo el presupuesto de que el lenguaje no es un dato absoluto y neutral, sino un producto cultural que debe ser estudiado en una clave histórico-social,³⁹ el poner en relieve determinadas características (de forma, de estilo, de léxico, de connotaciones ético-valorativas, etc.) puede proporcionar indicios sobre el juez como usufructuario de la cultura, o de una determinada situación histórico-social que influye sobre la cultura misma; la presencia o ausencia de determinadas peculiaridades en el lenguaje del juez puede además revelar determinados “bloqueos” o “tabúes” de tipo psicológico, cultural o político.

Por otra parte, por ejemplo, el uso de un cierto lenguaje (caracterizado por la acumulación de términos jergales y técnicos, o por la frecuencia de cláusulas estereotípicas o consuetudinarias del “estilo judicial”),⁴⁰ que la tradición ha consagrado como “lenguaje de la sentencia”, puede revelar la propia función de ser un diafragma semántico o de enmascaramiento del discurso real que el juez realiza, o bien la función de selección sociocultural de los posibles usuarios del discurso mismo.⁴¹ La concreta individuación de los momentos en los cuales el lenguaje usado por el juez se presenta en alguno de estos modos abre un campo de posibles inferencias respecto al juez, respecto a los jueces, y respecto al modo en el cual el discurso del juez habría podido, o debido, ser expresado para jugar realmente su papel justificador respecto de la decisión.

Una segunda posibilidad de análisis puede referirse al recurso que el juez hace de dogmas y conceptos de la ciencia jurídica, de la ciencia no jurídica o de los conocimientos del hombre común, debido a que aquellos (especialmente cuando no resulten indispensables para la calificación jurídica de los hechos o del conocimiento de los hechos) pueden constituir indicios significativos de la ideología que el juez tiene de sí mismo y de su propia función, del ordenamiento jurídico, de la sociedad y de sus valores, y así sucesivamente. Por ejemplo, es fácil comprender cómo la referencia al dogma de la completitud del ordenamiento jurídico puede, bajo ciertas condiciones, contener en sí una ideología del ordenamiento y de la función del juez de corte netamente positivista, o bien una postura contraria y admitir la función creativa de la jurisprudencia o de la naturaleza valorativa de la decisión judicial.⁴² De manera similar, la referencia a dogmas de la ciencia jurídica (inherentes a sus sectores o corrientes) puede indicar la adhesión a una u otra teoría, o bien el rechazo de determinadas aproximaciones al problema jurídico en cuestión, etc.;⁴³ análogamente puede operar la referencia a conceptos de las ciencias no jurídicas, del arte, de la filosofía o de la ética. Además, un campo de investigación de particular interés es el que ofrecen los casos en los cuales el juez se coloca los “anteojos” del hombre común, por ejemplo cuando se trata de concretizar el significado de los así llamados “conceptos válvula”, como los de orden público, buenas costumbres, el comportamiento del *bonus pater familias*, buena fe, etc. El modo en el cual el juez delinea en los casos particulares el contenido de este tipo de conceptos puede resultar significativo bajo muchos aspectos; en particular, puede evidenciar, por un lado, la imagen que el juez tiene (o prefiere tener) del así llamado hombre medio entendido como un microcosmos típico en el cual se sintetizan las características peculiares de la ideología social en un determinado momento histórico y cultural; por otra parte, puede evidenciar las eventuales distorsiones que vician la percepción del juez respecto a dichas connotaciones.

Una tercera posibilidad de análisis que podemos indicar, tiene que ver principalmente con la asunción como indicio del hecho que el juez haga uso, en la organización del discurso que constituye la motivación, de determinados instrumentos lógicos o argumentativos. En este ámbito, los enfoques esenciales que vale la pena señalar son dos: el primero tiene que ver con las características de la estructura lógica general de la

motivación; el segundo tiene que ver con el uso, por parte del juez, de particulares “ámbitos” argumentativos.

Desde el primer punto de vista, parece posible delinear inferencias destinadas a producir conclusiones, en torno al razonamiento realizado por el juez y la manera en la que se estructuran sus elecciones, partiendo de la premisa que consiste por ejemplo, en la proporción en que son utilizados módulos lógicos estrictamente deductivos, y en el peso que éstos asumen en la estructura formal de la sentencia; o bien, al contrario, partiendo de haber puesto en evidencia el modo y las proporciones en las que el juez utiliza el razonamiento analógico, tópico, inductivo-probabilístico, o del mecanismo hipótesis de trabajo-confirmación; o bien, finalmente, asumiendo como indicio el modo y la proporción en la cual el juez no utiliza modelos lógicos específicos e identificables de acuerdo con las categorías generales de la lógica discursiva, sino que hace uso de argumentos no racionales, de juicios de valor expresados pero no motivados, de artificios persuasivos, o incluso de la “moción de los afectos” y de las reacciones emotivas del público.

Desde el segundo punto de vista, se puede partir de la identificación de los *tòpoi* argumentativos que el juez ha utilizado, para poner en relieve la escisión entre el modo en el cual argumenta el juez para justificar las elecciones que lo llevan a la decisión y la naturaleza real de dichas elecciones, así como para remontarnos a la identificación de éstas. El análisis de los principales modelos argumentativos utilizados por los jueces en las motivaciones es objeto de una investigación en curso desde hace algunos años, y ya desde ahora los pocos resultados que han sido presentados son de gran interés;⁴⁴ por otra parte, lo que aquí nos interesa subrayar no es la variedad, ni las características individuales de los ámbitos argumentativos más frecuentes en las sentencias, sino más bien la evidencia con la cual emerge su carácter ambiguo, fungible e instrumental. En síntesis, estos aspectos convergen en el de la no necesidad del expediente argumentativo utilizado por el juez, tanto en el sentido de que las conclusiones que éste produce no son las únicas posibles, y por lo tanto no son necesariamente “verdaderas” o “válidas”, como en el sentido de que un determinado medio argumentativo podría ser sustituido por un medio distinto pero igualmente eficaz para fundar las mismas conclusiones, o podría ser utilizado también para justificar, respecto del mismo problema, una solución diversa o contraria.⁴⁵ El carácter de no necesidad

implica además el de la instrumentalidad del medio argumentativo, en el sentido de que el juez hace uso de un medio para un determinado fin persuasivo y justificativo escogiendo el que resulta más idóneo para tal fin, y no porque exista alguna necesidad lógica que lo vincule a estructurar su discurso en un modo determinado.⁴⁶ Estos factores que emergen con claridad extrema, convergen poniendo en evidencia dos elementos esenciales respecto de la postura del juez que construye la motivación. El primero tiene que ver con la ulterior confirmación de la distinción ya recordada entre las razones efectivas y las razones expresadas de la decisión.⁴⁷ El segundo tiene que ver con el hecho de que en el momento en el que el juez, en vez de expresar directamente las razones efectivas de la decisión, hace uso de modalidades comunes para volverla aceptable, realiza una elección, no sólo entre la expresión de los motivos reales de la decisión y la adopción de un lugar argumentativo estereotipo, sino también respecto de la individuación del tipo de argumentación más idóneo para el fin que intenta perseguir. Habiendo presupuesto lo anterior, la presencia de un determinado modelo argumentativo en el contexto de la motivación puede resultar significativa también bajo otros puntos de vista, en el sentido de que la elección relativa, vista a la luz de las razones y de los fines respecto de los cuales el juez la realiza, puede ser la premisa de las inferencias en torno a las tendencias del mismo juez en relación con su modo de entender el derecho, los principios del ordenamiento jurídico, la función jurisdiccional, y así sucesivamente.⁴⁸

Entre las diversas posibilidades de asumir como indicios a determinadas características de la motivación, vale la pena recordar, finalmente, que las inferencias respecto a la ideología que el juez tiene en relación con su propia función, pueden ser extraídas de otros elementos que no pueden ser reconducidos a las características puramente lingüísticas del discurso, ni a los conceptos de las ciencias o de los conocimientos comunes, ni a las estructuras lógicas o argumentativas. Se trata de elementos que son más difíciles de definir o de analizar, pero que, sin embargo, frecuentemente están presentes en la motivación y a los cuales resulta difícil negar una cierta importancia “significativa”.

Sin intentar realizar clasificaciones abstractas, puede bastar algún ejemplo:

- a) Puede ser que el tipo de decisión, de hecho o de derecho, implique apreciaciones de carácter ético, político, o en todo caso valorativo;

▪ La motivación como fuente de indicios ▪

la lectura de la sentencia puede volver evidente la presencia de dichas valoraciones, pero puede poner en evidencia también que el juez no las expresó o, al menos, intentó evitar expresarlas, y que, además, no las motivó. En este caso, la falta de enunciación de la elección valorativa, o su falta de justificación, pueden ser fácilmente comprendidas como indicios de la postura del juez frente a la elección que él mismo realizó.

- b) Otro ejemplo puede estar representado por la desproporción que frecuentemente existe, en el contexto de la motivación, entre el espacio que el juez le dedica a la solución y a la justificación de las así llamadas cuestiones de mero hecho, y, en cambio, el amplio y frecuentemente excesivo espacio que generalmente se le da a las así llamadas cuestiones de puro derecho. La preferencia regularmente manifestada por los jueces por el segundo tipo de cuestiones, generalmente en total perjuicio de las del primer tipo, es muy notoria y se ha convertido en uno de las características peculiares de nuestra jurisprudencia.⁴⁹

Por otra parte, la difusión del fenómeno no lo vuelve, por ello, menos significativo; al contrario, el surgimiento de tendencias en cierto modo diversas, pone en crisis el fenómeno mismo e induce a considerarlo no como un mero accidente, sino como una manifestación de la ideología que el juez tiene de sí mismo y de su propia función. Llevada a un cierto nivel, la prevalencia que se le da a la mera cuestión de derecho evoca la imagen de un juez que se concibe a sí mismo como el instrumento para la restauración de orden jurídico violado, para la defensa de la certeza abstracta que conlleva la relación jurídica y, en esencia, para la tutela de una justicia formal (o entendida de manera formalista). Por el contrario, la prevalencia que se le da a las cuestiones de hecho evoca la imagen de un juez que se concibe a sí mismo como un mediador de los conflictos socioeconómicos concretos, como un instrumento para la tutela de los intereses reales y, en esencia, como creador de una justicia sustancial.

4. LA MOTIVACIÓN COMO HECHO NO SIGNIFICANTE

En las consideraciones desarrolladas en los párrafos precedentes deberían haber delineado un marco bastante amplio, a pesar de ser necesariamente incompleto y aproximativo, de las perspectivas mediante las

cuales algunas características de la motivación pueden ser interpretadas como indicios idóneos para fundar inferencias en torno al juez o en torno a las así llamadas razones reales de la decisión. Como se esbozó antes, los varios modos de aprovechar a la motivación como fuente de indicios se encuadran dentro del punto de vista más general que concibe a la motivación como un “hecho” (que es el punto de vista unitario bajo este aspecto, a pesar de los diversos acentos sociológicos, psicológicos y culturales que de vez en cuando le son atribuidos al hecho-motivación), e incluso es admisible afirmar que aquellos representan la explicación más importante de esta manera de enfrentar el fenómeno. Hemos dicho que esa es la explicación más importante, pero no la única posible. En efecto, el hecho-motivación puede ser visto como algo relevante desde el punto de vista cognoscitivo, al ser interpretado precisamente como un indicio, pero puede también ser considerado como algo totalmente irrelevante frente a éste u otros fines. Al haber formulado la hipótesis de esta segunda posibilidad, debe subrayarse de inmediato que ésta no constituye sólo una manera de completar teóricamente el esquema alternativo en examen, sino que se trata de una especie de no aprovechamiento (que en todo caso presupone a la motivación entendida como un mero hecho) bastante difundido en el campo de las aproximaciones al fenómeno de la decisión judicial.

a. La aproximación realista

El ejemplo más claro en este sentido lo ofrecen las tesis planteadas por algunos autores más representativos del movimiento que usualmente se designa como realismo jurídico norteamericano, los cuales, incluso, fueron los portadores de las opiniones más extremas, y a veces incluso paradójicas, de entre las que han sido propuestas, en el ámbito de dicho movimiento, en torno a la naturaleza de la decisión y de la motivación. Es notorio que uno de los principales blancos críticos que se propusieron los realistas, y que atacaron con más energía, fue el tradicional modelo silogístico de la decisión, del cual se puso en crisis tanto el aspecto relativo a la naturaleza de subsumir la aplicación de la norma al hecho (el así llamado *rule-skepticism*),⁵⁰ como el relativo a la naturaleza racional de la acreditación de los hechos (el así llamado *fact-skepticism*).⁵¹

Es también notorio que uno de los presupuestos de fondo de esos dos ataques consistía en una acentuación, particularmente fuerte, de los com-

ponentes psicológicos e irracionales cuya presencia se subrayaba en la “naturalidad real” de la decisión.⁵² Prosiguiendo a lo largo de esta línea, algún autor llegó a criticar también el problema de la motivación, en sus relaciones con la decisión, que ya entonces era concebida como un contexto de eventos psíquicos que no podían conocerse y que en todo caso no podían reducirse a un esquema racional. La conclusión que se formuló al respecto puede resumirse en los siguientes términos: desde el momento en que la realidad de la decisión no es la que resulta de la motivación, dado que el juez llega a la decisión a lo largo de un *iter* psicológico que no tiene nada que ver con el esquema lógico de la motivación que se ha expresado, puede deducirse que 1) los motivos de la decisión que son enunciado en la *opinión* no pueden ser considerados como los motivos reales de la decisión;⁵³ 2) la lectura de la motivación expresada no proporciona algún elemento útil para el conocimiento de las razones por las cuales efectivamente el juez decidió a *litis* en el modo determinado en que lo hizo, debido a que, al contrario, la motivación sirve para disimular, más que a revelar, las razones reales de la decisión.⁵⁴ El autor agrega, además, que 3) la motivación no debería ser un intento de justificación racional de una decisión alcanzada irracionalmente, sino más bien el recuento fiel, ofrecido por el juez, del *iter* psicológico a través del cual el mismo juez llegó a formular la decisión.⁵⁵

No es de nuestro interés tomar posición respecto de la validez de las conclusiones que hemos resumido, aun cuando la última de ellas resulta claramente absurda, sino sólo la de poner en relieve las dos características principales que ese tipo de postura (bautizada posteriormente como *opinion-skepticism*)⁵⁶ presenta en relación con el problema de la motivación. Ante todo, se trata de una decidida toma de posición en torno a la distinción entre los motivos expresados y las razones efectivas del acto de decidir (que, por otra parte, como ya hemos señalado, es algo común a todas las posturas críticas en torno a la decisión y la motivación), pero el punto que reviste mayor importancia es el hecho de que dicha distinción es de tal manera acentuada y llevada al límite que provoca la ruptura de todo nexo entre la decisión y la motivación.

Por lo tanto emerge netamente la postura según la cual no sólo la motivación no expresa los motivos por los cuales el juez decidió, sino que es algo altamente lejano y “diverso” que no logra ni siquiera revelarle indirectamente al observador cuáles pueden haber sido esos motivos.⁵⁷ La motivación es pues vista como un mero hecho, que puede tener conse-

cuencias sobre otros planos (como por ejemplo para fijar el precedente dentro del sistema del *stare decisis*), pero que se mantiene “mudo” frente a las causas efectivas que han determinado la decisión.

b. La aproximación psicológica

Estas tesis extremas, cuyo radicalismo derivó, al menos en parte, del haber sido formuladas en el curso de una polémica vivaz, resultan, si son consideradas en un momento cultural diverso, por lo menos discutibles; ello no impide, por otra parte, reconocer en ellas una decidida, aunque no siempre clara, formulación de la postura que menosprecia el análisis de la motivación como un instrumento para el conocimiento de la génesis real de la motivación.

Se trata, por lo demás, de una postura muy difundida también fuera de movimiento realista, aunque enunciada y analizada de manera muy poco clara en cuanto a sus implicaciones. Para mantenernos en el plano de las meras constataciones, el área de difusión de esa postura puede encontrarse en otras dos tendencias que tienen en común, precisamente, la falta de una toma de posición explícita (lo que obliga, en consecuencia, a hablar de posturas y no de teorías). La primera está constituida por la cada vez más amplia serie de opiniones críticas respecto de la identificación tradicional entre motivos expresados y razones efectivas de la decisión. En la medida en la que, como ocurre regularmente, tales opiniones son expresadas mediante alusiones vagas y confusas, y no se apoyan en un análisis directo del problema, queda abierta la hipótesis de que detrás de dichas alusiones exista, o pueda existir, la convicción de que la lectura de la motivación es una operación en todo caso irrelevante para el conocimiento de la génesis de la decisión. De cualquier modo, tratándose de una mera suposición, no vale la pena profundizar el análisis de esta postura genérica y basta señalar la difusión que ésta tuvo.

La segunda tendencia en la que esa postura se manifiesta típicamente, de manera un poco más clara, se presenta esencialmente en dos corrientes presentes en el campo de las teorías sobre el problema de la naturaleza de la decisión judicial: por un lado la corriente que se centra en un análisis meramente psicológico de la decisión; y por el otro, la que se centra en un análisis eminentemente psicológico, pero que se funda en premisas de fondo de carácter irracionalista.

▪ La motivación como fuente de indicios ▪

Desde el primer punto de vista, se puede subrayar que frecuentemente la reconstrucción de la estructura psicológica del procedimiento con el que el juez llega a la decisión no implica el problema —también psicológico— de la relación entre la situación del juez que decide y la del juez que motiva la decisión. En todo caso también queda descuidado el problema consecuente de si la motivación puede o no puede proporcionar elementos que sean de alguna manera útiles para el análisis psicológico de la decisión.⁵⁸ Probablemente ello deriva del hecho de que no se ha estudiado la estructura psicológica de determinadas decisiones, para lo cual la motivación habría constituido un trámite indispensable, pero se han intentado delinear las características psicológicas que resultan de la decisión judicial en general, a partir de las nociones generales proporcionadas por la psicología en relación con la solución individual de los conflictos entre opciones alternativas, sin corroborar esa investigación con análisis experimentales.

c. La aproximación irracionalista

En el plano de las doctrinas irracionalistas de la decisión judicial, el punto que frecuentemente está puesto en mayor evidencia es el de la distinción entre motivos expresados y las razones efectivas de la decisión; no podría ocurrir diversamente, si se piensa que quien parte del presupuesto de la irreductibilidad frente a cualquier forma lógica de las elecciones que subyacen a la decisión, no puede evitar negar la correspondencia entre la naturaleza de dichas elecciones y el carácter genérico de racionalidad que tiende a asumir la motivación. Se entiende que la distinción examinada no implica siempre una concepción irracionalista de la decisión, ni en particular reenvía inevitablemente a premisas metafísicas de tipo irracional (más adelante veremos, en efecto, cómo aquella puede conciliarse bien, e incluso favorecer, una visión racional de la decisión y de la motivación); sin embargo, parece imposible que una concepción irracionalista de la decisión no parta de dicha distinción; efectivamente es posible comprobar que cada vez que aflora un componente antinacionalista en la teoría de la decisión es puesto en crisis el tradicional nexo de correspondencia entre motivación y génesis real de la decisión. Por otra parte, es preciso tener en cuenta el hecho de que este tipo de tomas de posición no emergen en el contexto de un análisis de lo que es la motivación, o de lo que

debería ser, sino más bien en el ámbito de la formulación de teorías inherentes a la naturaleza del juicio o de la decisión judicial.

Evidentemente, dado que bajo la etiqueta genérica de teorías irracionalistas de la decisión se cobijan tendencias diversas —que sólo tienen en común la polémica antirracionalista—, son varias las vías a través de las cuales se ha enfrentado el problema de la motivación.

Una primera postura, que podríamos llamar “irracionalismo psicológico”, tiende a poner en evidencia cómo más allá de los esquemas lógicos con los cuales tradicionalmente se ha descrito la decisión, existe al contrario una realidad psicológica que no permite ser reducida a ninguna forma lógica rígida; en consecuencia, niega la posibilidad de construir modelos racionales de la decisión que sean atendibles, y concibe a la motivación como un agregado falsamente racionalizador, o como un mero intento, por otra parte imposible de ser realizado, de aterrizar en formas lógicas el irracional proceso de decisión.⁵⁹

Una segunda postura que podemos calificar de “irracionalismo filosófico-axiológico”, tiende a delinear la actividad del juez a partir de categorías filosóficas extrañas y contrastantes respecto de aquellas en las cuales se funda la construcción de modelos lógicos y racionales del juicio, y ponen en la base del juicio jurídico una elección de naturaleza intuitiva⁶⁰ de la que se niega la posibilidad de ser reconducida dentro de esquemas discursivos racionales. La vertiente axiológica de este tipo de doctrina irracionalista del juicio jurídico es, además, aquella en la que la naturaleza fundamental de las elecciones realizadas por el juez son individuadas en el juicio de valor, excluyendo la posibilidad de ser analizadas mediante categorías racionales y utilizando, en consecuencia, nociones absolutistas, naturalistas o propias del inmanentismo, del concepto de “valor”.⁶¹ También aquí, en sustancia, la tipología de las actividades intelectuales del juez se reducen al monotipo de la intuición, con el carácter distintivo dado por el hecho de que lo que se indica como objeto de la intuición del juez es esencialmente un valor. Al cambiarse de tal manera el acto de la decisión al plano de lo no racional o de lo no racionalizable —como lo es el de lo absoluto o el del valor trascendente o inmanente como objeto de la intuición— queda claro que la motivación, con sus inevitables características de logicidad y de discursividad, no puede ser concebida como algo extraño, ficticio y, en el fondo, irrelevante desde el punto de vista de la teoría del juicio.⁶²

▪ La motivación como fuente de indicios ▪

La tercera postura se diferencia de las otras dos por la falta de premisas científicas o filosóficas apreciables, y por el hecho de ver en el antirracionalismo una cómoda vía de escape frente a los muchos problemas que las más difundidas concepciones del juicio dejan insolutas. Dicha actitud merece el nombre de “irracionalismo ingenuo” o incluso “burdo”, y no valdría la pena ahondar en él de manera específica, de no ser por el hecho de que es tan difundido, particularmente entre aquellos que rechazan absolutamente las tradicionales doctrinas silogísticas, sin lograr entrever doctrinas alternativas. En cierto modo, por otra parte, la postura en cuestión no es otra cosa sino la versión superficial y simplista de las más sofisticadas doctrinas psicológicas o axiológicas del juicio que antes hemos recordado.

La connotación más característica de esta postura consiste en considerar que la decisión no es deducida, construida o en todo caso derivada lógicamente por el juez a partir de premisas determinadas, sino que es intuitiva y creada por el juez mediante algo que indicado frecuentemente con expresiones del tipo “sentido jurídico”, “sentido de justicia”, “intuición jurídica”,⁶³ y otras análogas (como *judicial hunch*,⁶⁴ *Rechtsgefühl*,⁶⁵ etc.). Ahora bien, nada impediría utilizar de manera legítima expresiones de este tipo, si sólo fuera posible establecer con un mínimo de credibilidad y precisión cuál es su significado; de manera contraria, la remisión implícita a las nociones de sentido común que esas expresiones parecen contener no sirven para el fin perseguido; el resultado es que se trata, evidentemente, de pseudoconceptos utilizados para intentar disimular la falta de una concepción articulada del juicio, manteniéndose en el ámbito de un subjetivismo genérico, más de tipo impresionista que genérico.

5. RESULTADO Y RELEVANCIA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA MOTIVACIÓN COMO FUENTE DE INDICIOS

La descripción de los modos en los que la motivación puede ser considerada en calidad de “hecho”, ya sea como un indicio, ya sea como un hecho no significativo, no tiene, como se dijo al principio, un mero fin de exhaustividad expositiva, sino que se deriva de la constatación de que, algunos de los puntos problemáticos más importantes para el estudio de la motivación, fueron evidenciados precisamente cuando se pudo aban-

donar la tradicional concepción de la motivación como un mero y simple recuento del *iter* lógico que el juez debería haber seguido para llegar a la decisión. Es necesario, entonces, referirse a aquellos aspectos relevantes que son evidenciados en la perspectiva de la motivación considerada como un hecho, y especialmente como un indicio, no sólo por la importancia intrínseca que éstos revisten en términos generales, sino especialmente porque su consideración es indispensable para poder individualizar lo que es y lo que debería ser la función misma de la motivación.

El primer punto que debe subrayarse en ese sentido es que el aprovechamiento de los elementos contenidos en la motivación en calidad de indicios, y especialmente la mencionada pluralidad de modos en los que dicho aprovechamiento puede articularse, representa una verificación relevante de la distinción de principio entre motivos expresos y razones reales de la decisión. Se ha señalado en varias ocasiones que dicha distinción —como veremos en seguida— está implícita en una serie de diversos puntos de vista sobre la motivación y, en efecto, ésta, al ver paulatinamente reducido el número de adeptos de su concepción tradicional, logró tener, especialmente en el plano doctrinal, una amplia difusión. Sin embargo, la difusión de esa concepción no trajo consigo un análisis de las implicaciones que lógicamente se derivan: por un lado, que la misma bien pronto terminó por circunscribirse a un lugar común, es decir, a un genérico y superficial escepticismo en torno a la posibilidad de establecer una relación lógica entre la motivación y la decisión. Por otro lado, en el ámbito de las teorías del juicio, la distinción en comento terminó por operar casi exclusivamente en el sentido de legitimar la desvinculación de la problemática de la motivación respecto de la problemática de la decisión.

Ahora bien, el análisis de la motivación como fuente de indicios significativos respecto a la decisión o respecto a la actitud del juez, mientras que por una parte recupera la distinción entre razones reales y motivos expresados, en una función operativa (dado que no elimina uno de los términos de la distinción, sino que instaura entre ellos una conexión lógica de tipo inferencial), traslada la misma distinción del plano de las aserciones apriorísticas inarticuladas al de las hipótesis de trabajo utilizadas en una función heurística. En esencia, las investigaciones que hasta ahora se han realizado en este sentido no sólo producen una serie de conclusiones interesantes en torno al modo en el cual la decisión es alcanzada por el juez, sino que, en una línea más general, demuestran concretamen-

te lo insostenible de la postura que, implícita o explícitamente, afirma la coincidencia entre la estructura de la motivación y la de la decisión. Si se tiene en cuenta de todo ello, resulta claro que la distinción examinada no constituye solamente un aspecto de algunas teorías del juicio o una hipótesis de trabajo funcional sólo para las investigaciones de corte sociológico, sino un presupuesto de orden general que tiene que ser tomado en cuenta independientemente del punto de vista que se adopta para analizar la motivación. En consecuencia, dicha distinción tiene relevancia no sólo entre las perspectivas que consideran a la motivación como un indicio o como un mero hecho no significativo, sino también, especialmente, cuando se pretenda el análisis de la motivación como un signo en sentido estricto, y como un acto del juez que está sometido a un determinado régimen normativo.

El segundo punto que debe subrayarse, y que plantea consideraciones en gran medida análogas, es el que tiene que ver con la presencia y el papel que en el ámbito de la decisión cumplen los juicios de valor formulados por el juez, así como con las consecuencias que ello produce en la estructura de la motivación. La función de los juicios de valor en la interpretación jurídica y en la estructura de la decisión fue objeto, como es notorio, de penetrantes investigaciones teóricas, y además fue el centro de los debates surgidos en torno a los componentes ético-políticos de las elecciones que el juez realiza. Esta perspectiva se convirtió más en un movimiento de opinión que en una teoría del juicio, pero en todo caso alcanzó una tal difusión que puso en una profunda crisis al modelo tradicional puramente lógico-formal de la decisión, mientras que el perfil valorativo de la actividad del juez asumió una relevancia decisiva, aunque frecuentemente de manera superficial y episódica. Sin embargo, el surgimiento de este tipo de problemas terminó por provocar no tanto el profundizarse de la distinción entre motivación y decisión real, como la renuncia a analizar el primer fenómeno y la concentración de la atención sobre el segundo, además de la sustancial ruptura de su vínculo lógico. A ello debe agregarse que, prevalentemente, el problema de la actividad valorativa del juez fue considerado desde el punto de vista general de la teoría de la interpretación o del juicio,⁶⁶ más que bajo el perfil del análisis de las valoraciones concretamente realizadas en cada uno de los casos, y esta postura evidentemente influyó en el sentido de relegar a un segundo plano el problema de la motivación. De manera contraria, los

intentos por utilizar a la motivación como indicio para reconstruir las elecciones de valor realizadas por el juez, se plantean en una perspectiva encaminada a dos objetivos: por un lado, la investigación concreta que identifica en cada uno de los casos la existencia y las características esenciales de dichas elecciones, constituye una confirmación significativa de la tesis, frecuentemente enunciada sólo en línea de máxima, relativa a la existencia y al papel de los juicios de valor en el contexto de la decisión; por otro lado, se recupera en una perspectiva particular la relación entre decisión y motivación, al menos desde el punto específico de la elección valorativa. Dicha perspectiva no es, evidentemente, la de la coincidencia o de la perfecta superposición entre los dos fenómenos, pero se articula en dos diversos significados: ante todo, se afirma la posibilidad de que la motivación ofrezca elementos idóneos para identificar las elecciones valorativas realizadas por el juez en el momento de la decisión; por otra parte, aunque refutando la imagen de la motivación como un mero recuento del *iter* lógico y psicológico seguido por el juez, se admite que los juicios de valor encuentren una manifestación en el nivel expresivo de la motivación. Al fin y al cabo, incluso, parece subsistir una tendencia implícita a considerar que justo ahí en donde la motivación expresa o deja entrever un juicio de valor, haya un punto de contacto, o de particular cercanía, entre la motivación y las razones ideales de la decisión.

Por otra parte, es fácil comprender que el problema de los juicios de valor es una especie de banco de pruebas de las posibles teorías de la motivación: si se adopta la concepción que tiende a hacer coincidir la motivación con la estructura de la decisión, surge el problema de conciliar la existencia de los juicios de valor en la decisión con su ausente o inadecuada expresión en el contexto de la motivación; si, viceversa, se parte de la distinción entre la motivación las razones reales de la decisión, es necesario entonces resolver la cuestión de si y cómo, de hecho, la elección de valor realizada por el juez pueda o deba encontrar una expresión adecuada en el ámbito del discurso justificativo que constituye la motivación. Evidentemente, la solución de este tipo de problemas influye a su vez de manera determinante en la definición del papel que la motivación puede jugar como fenómeno de relevancia social y política, además de jurídica.

Remitiendo a fases posteriores de esta investigación el desarrollo de un análisis adecuado sobre estos temas, parece suficiente subrayar, a modo de

▪ La motivación como fuente de indicios ▪

conclusión del cuadro hasta ahora delineado, en qué medida los dos puntos apenas examinados pueden condicionar el estudio de la motivación.

En síntesis, dicho condicionamiento tiene lugar de la siguiente manera: en la medida en la que los dos puntos en cuestión se coloquen exclusivamente en el marco de una teoría o de una ideología del juicio o de la función del juez, es siempre posible refutar las consecuencias que se desprende de esos mismos puntos —ya sea que se trate de consecuencias teóricas o de consecuencias prácticas— mediante la adopción explícita o implícita de una teoría o ideología del juicio diversa, que no implique a aserciones de este tipo. En esencia, esto es lo que ocurre cada vez que la doctrina, y más frecuentemente la jurisprudencia, persisten en afirmar que la motivación no es, y no puede ser otra cosa más que el fiel recuento de la actividad intelectual realizada por el juez para alcanzar la decisión y, al contrario, niegan que en la misma decisión puede haber algo más o algo diferente a la concatenación de pasajes lógicos expuesta por el juez en la motivación.

Por el contrario, cuando los puntos en cuestión dejan de ser meras hipótesis teóricas, y, fundándose en un adecuado *corpus* de confirmaciones empíricas, se vuelven datos cognoscitivos objetivos, ya no pueden ser puestos entre paréntesis frente a una elección teórica o ideológica diferente; antes bien, precisamente la capacidad que tiene una teoría de la motivación para comprender y explicar orgánicamente esos datos se convierte en uno de los criterios para juzgar la validez y lo atendible de la misma teoría.

NOTAS

¹ La estructura lógica del procedimiento de interpretación de los indicios que se delinea en el texto no es diferente de la del procedimiento general de interpretación de los indicios, no poniendo en relieve, al respecto, el hecho de que en la hipótesis examinada el indicio se manifiesta esencialmente como entidad de naturaleza lingüística. Ello implica que dicho procedimiento pueda ser reconducido al campo más general de los métodos de conocimiento inductivo o inferencial, sobre el cual, véanse indicaciones generales en TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padua, 1970, pp. 192 y ss.; sobre el problema semiológico de la inferencia como instrumento de decodificación del signo, *cfr.* ECO, *Il segno*, Milán, 1973, pp. 33 y ss.

² El rango de los posibles significados que nacen de un mismo elemento significante contenido en la motivación resulta todavía más amplio, al menos teóricamente, si se considera que éste no sólo puede ser, considerado en sí mismo, un indicio de cosas diversas, sino que también puede entrar a formar parte de indicios diversos constituidos por construcciones complejas, asumidas unitariamente como indicio pero consistentes en una pluralidad organizada de factores relativos en la motivación.

³ Bajo este perfil, los comportamientos del juez que no han encontrado una exteriorización directa o indirecta en el contexto lingüístico de la motivación puede clasificarse en dos categorías: a) comportamientos que pueden conocerse inductivamente a través del análisis de indicios proporcionados por la motivación; b) comportamientos que, en todo caso, no pueden ser conocidos por este medio. Los primeros pueden ser individuados eventualmente en calidad de significado de los indicios en cuestión; los segundos pueden tal vez ser conocidos con otros medios, pero restan irrelevantes desde el punto de vista de la motivación.

⁴ Sobre la referencia a los componentes lingüísticos de las aserciones como criterio de individuación de su "significado valorativo", *cfr.*, por ejemplo, EDWARDS, *The logic of Moral Discourse*, Nueva York, 1965 (2ª ed.), pp. 19 y ss.; HALL, *What is Value? An Essay in Philosophical Analysis*, Nueva York, 1961 (2a ed.), pp. 162 y ss.; HARE, *Libertà e regione*, trad. it., Milán, 1971, pp. 53 y ss., 251 y ss.

⁵ HARE, *op. ult. cit.*, pp. 50 y ss., analiza algunos ejemplos de vocablos que pueden tener una función descriptiva o valorativa dependiendo del modo en el que son usados, es decir, dependiendo del significado propio de la proposición de la que forman parte, y probablemente una consideración análoga vale para todos, o casi todos, los vocablos en los que frecuentemente se reconoce una connotación típicamente valorativa. Por otra parte, no es difícil pensar en ejemplos en los que un juicio de valor haya sido expresado con términos típicamente descriptivos. En estos casos de disonancia entre la naturaleza del juicio expresado y la connotación típica de los términos usados para expresarlo, el significado propio de la proposición debe ser determinado para establecer de qué tipo de juicio se trata, pero ello no exime el hecho de que el indicio pueda estar constituido sólo por las peculiaridades lógicas o lingüísticas de la proposición que los expresa, y no por el significado propio de la proposición en sí.

⁶ Para que un juicio de valor, pueda ser entendido como expresado completa o directamente en la motivación, no es necesario que el juez haya abiertamente declarado su adhesión a un valor-guía, para después deducir de ella la valoración de un determinado objeto específico; es suficiente, por el contrario, que dicha valoración sea enunciada

apertis verbis, es decir, mediante el uso de un predicado que tenga un significado claramente valorativo. En este caso, para individuar un juicio de valor basta la simple comprensión lingüística de las aserciones del juez. El segundo caso al cual se refiere el texto es, al contrario, aquél en el cual la valoración de tipo axiológico no está directamente enunciada, pero se trasluce y, en todo caso, es identificable en el contexto de aquello que fue afirmado por el juez. En esta categoría pueden incluirse, por ejemplo, situaciones en las cuales: a) el juez haya utilizado predicados descriptivos con una función valorativa (v. nota 5); b) el connotado axiológico no es expresada en el predicado, sino por otros elementos lingüísticos o semánticos del discurso; c) la valoración no se expresó, pero está lógica y semánticamente implicada en las aserciones del juez. En estos casos, la pura y simple decodificación lingüística del discurso del juez no es suficiente para individuar el juicio de valor, y pueden ser necesarias actividades de otro tipo, que van de un específico análisis lógico-semántico en el caso a), hasta una verdadera y propia inferencia en el caso c).

⁷ Sobre la función de los valores como criterios de elección para el juez *cfr.*, por ejemplo, F. S. COHEN, "Field Theory and Judicial Logic", en *Yale Law Journal*, núm. 59, 1950, pp. 238 y ss.; DIAS, "The Value of a Value Study of Law", en *Modern Law Review*, n. 28, 1965, pp. 401 y ss.; CLARK-TRUBEK, "The Creative Role of the Judge: Restraint and Freedom in the Common Law Tradition", en *Yale Law Journal*, n. 71, 1961, pp. 255 y ss.; MILLER, "On the Choice of Major Premises in Supreme Court Opinions", en *Journal of Public Law*, n. 14, 1965, pp. 265 y ss., 271 y ss.; WEILER, "Legal Values and Judicial Decision-Making", en *Canadian Bar Review*, n. 48, 1970, pp. 1 y ss.; CARPENTER, "The Problem of Value Judgments as Norms of Law", en *Journal of Legal Education*, n. 7, 1954, pp. 163 y ss.; MUELLER, "The Problem of Value Judgments as Norms of Law: The Answer of a Positivist", *ibid.*, 1955, pp. 567 y ss.; DANIELSKI, "Values as Variables in Judicial Decision-Making: Notes towards a Theory", en *Vanderbilt Law Review*, n. 19, 1966, pp. 721 y ss.; DOYLE, "Principles and Policies in the Justification of Legal Decision", en *Le raisonnement juridique, Actes du Congrès Mondial de Philosophie Sociale*, Bruselas, 1971, pp. 257 y ss.; CASSESE, "Problemi delle ideologie dei giudici", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, pp. 413 y ss. Para un desarrollo más amplio del tema y para indicaciones ulteriores, véase *infra* cap. III, § 3, e).

⁸ Se puede avanzar la hipótesis de que, en el caso en el cual la expresión del juicio de valor que constituye el núcleo de la elección del juez sea por él mismo omitida, distorsionada o disimulada de otra manera en el contexto de la motivación, resulte operante un mecanismo de exclusión y de selección (con raíces en parte psicológicas y en parte ideológicas) que se encargue de eliminar del discurso del juez aquello de éste que no se considere apropiado en un determinado momento histórico y cultural. La hipótesis que la actual ideología del discurso del juez tiende a excluir de éste los juicios de valor, debe todavía ser verificada, y aquí es planteada como una traza de una posible explicación de los fenómenos a los que hicimos referencia en el texto. Para indicaciones generales sobre los mecanismos sociales de exclusión que se aplican al discurso, véase FOUCAULT, *L'ordine nel discorso*, trad. it., Turín, 1972, pp. 9 y ss., 16 y ss., 39.

⁹ El juez asume institucionalmente el papel de portavoz del "sentir común" en el campo de los valores cuando se trata de darle un contenido a las "normas en blanco" o a los "conceptos válvula" utilizados por el legislador, pero el mismo fenómeno se verifica muy frecuentemente también por fuera de estas hipótesis (sobre el fenómeno de la recepción por parte del juez de las "normas sociales" en función de la integración de la norma jurídica "abierta" o "delegadora", y sobre sus modalidades, *cfr.* TEUBNER,

▪ La motivación como fuente de indicios ▪

Standards und Direktiven in Generalklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung beider Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht, Frankfurt am Main, 1971, pp. 29 y ss., 65 y ss., 91 y ss.). En todo caso, cuando ello ocurre, el intérprete que tiene como objeto individuar las elecciones de valor realizadas por el juez por sí mismo, debe tener en cuenta diversas posibilidades, como por ejemplo: a) que el juez no haya puesto en evidencia de ningún modo los valores guía presentes en la sociedad; b) que ese mismo pone en evidencia haya estado *ab initio* condicionado por las posturas del juez, resultando distorsionado y falseado (sobre la intervención de las valoraciones del juez en poner en evidencia los standards de comportamiento presentes en la sociedad, también en el sentido de influir sobre ellos, *cfr.* TREUBNER, *op. cit.*, pp. 43 y ss., 61 y ss.); c) que la puesta en evidencia se haya limitado a un sector o a una clase social por la falta de sensibilidad sociopolítica del juez, o porque ese sector o clase fue elegido por él como un modelo de cuáles deberían ser los valores de la entera sociedad. Discrepancias de este tipo le imponen al intérprete no considerar al juez como un portador impersonal de valores dominantes, y de realizar un difícil trabajo de distinción y de reconstrucción, al interior, o por debajo de la remisión que el juez hace al “sentir común”, de la elección individual que el juez realizó.

¹⁰ Presuponiendo que la misma adopción de un valor como regla de juicio permita, a su vez, una elección entre valores diferentes, alternativos o contrastantes (*cfr.* MILLER, *op. cit.*, nota 7, pp. 259 y ss.; HOPKINS, “The Formations of Rules: A Preliminary Theory of Decision”, en *Brooklyn Law Review*, n. 35, 1969, pp. 165 y ss., 183 y ss.), la adopción de un determinado criterio de valoración, con exclusión de otros criterios posibles, constituye ya un conocimiento en torno a la actitud del juez, en particular en torno a la actitud de rechazo de los valores que su elección excluyó. En relación con la decisión en particular, este dato puede fundar la hipótesis relativa a otras eventuales elecciones de valor que el juez puede haber realizado; además, entendido como un síntoma de una posición más general, la elección en particular puede también fundar hipótesis sobre otras decisiones atribuibles al mismo juez.

¹¹ La posibilidad de formular hipótesis del tipo que se ha señalado en el texto está condicionada a la asunción de dos presupuestos de orden general: a) el primero tiene que ver con la configuración de los diversos valores que pueden ser reconducidos a un individuo o a un grupo social, en un marco orgánico regido por relaciones de jerarquía, de coherencia y de orden lógico (en relación con esta perspectiva *cfr.* HARTMAN, “The Logic of Value”, en *Rev. Methaph.*, n. 14, 1961, pp. 889 y ss.; *id.*, “Value Theory as a Formal System”, en *Kant Studien*, n. 50, 1958-59, pp. 287 y ss.); b) el segundo presupuesto tiene que ver con la afirmación, a propósito de la elección individual de valor (lo que permite considerar probable la adhesión a los otros valores del sistema, y el rechazo de los valores que son incompatibles con éste) y de un carácter de continuidad o de posibilidad de repetirse en el tiempo (lo que permite considerar que el mismo sujeto estará llevado a escoger el mismo valor, o el mismo sistema de valores, en otras ocasiones).

¹² La comparación entre valores o entre sistemas de valores que viene a delinearse de este modo tiene una incuestionable importancia cognoscitiva intrínseca, pero permite también operaciones ulteriores, como la confirmación de la adhesión del juez al así llamado “sentir común”, la verificación de la adhesión del juez al “espíritu de la ley”, el control de grado de coincidencia entre los valores del juez y los de la sociedad o de un determinado grupo o clase social, y finalmente la crítica intrínseca, de “mérito”, de los valores del juez. En la realización de estas operaciones, debe tenerse en cuenta de la

posible discrepancia entre las orientaciones profesadas y las actitudes reales (en relación con lo cual véase CASSESE, *op. cit.*, nota 7, p. 245), pero la misma constituye solamente una ulterior dificultad y no un obstáculo insuperable. Por otra parte, la perspectiva de la confrontación entre sistemas de valores parece que puede ser esclarecedora para poner, por fin, en términos correctos el problema de la creatividad del juez, y a cuya solución no resultan favorables los demasiados análisis inasibles y superficiales (como ejemplos indicativos en este sentido, *cfr.* GIULIANO, "Considerazioni sull' metodo del giudizio", *Foro pad.*, 1959, III, pp. 49 y ss.; CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padua, 1949, pp. 72 y ss.).*** STONE, *The Province and Function of Law*, rist., Sydney, 1950, pp. 166 y ss., 192 y ss.; *id.*, *Legal System and Lawyer's Reasonings*, Stanford, California, 1964, pp. 281 y ss., 304 y ss., 323 y ss.; *id.*, "The Ratio of the Ratio Decidendi", en *Modern Law Review*, 1959, n. 22, pp. 610 y ss.; ESSER, *Grundsatz und Norm*, *cit.*, *passim*, especialmente, pp. 183 y ss.

¹³ *Cfr.* TREVES, *Giustizia e giudici nella società italiana*, Bari, 1972, pp. 59 y ss.; *id.*, "L'amministrazione della giustizia in Italia. Bilancio di una indagine", en *Rivista di diritto processuale*, 1972, pp. 94 y ss.

¹⁴ En el conjunto de investigaciones de sociología del derecho de las que conocemos hasta ahora los resultados, el método de investigación en torno a los valores asumidos por los jueces como criterio de juicio, fundado en el análisis de los elementos significativos que son ofrecidos en ese sentido por las motivaciones de las sentencias, fue utilizado, en diversa medida y dependiendo de que las sentencias hubieran sido, en mayor o menor medida, el objeto exclusivo de la investigación, por NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura: 1870-1922*, Bari, 1969; GOVERNATORI, *Stato e cittadino in tribunale. Valutazioni politiche nelle sentenze*, Bari, 1970; ODORISIO, *Il lavoro*, CELORIA-PETRELLA, *L'etica familiare*, PULITANO, *Il buon costume*, todos ellos en BIANCHI D'ESPINOSA y otros, *I Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970, pp. 57 y ss., 127 y ss., 167 y ss.

¹⁵ En nuestro país, el único análisis orgánico del tema sigue siendo el hoy notorio, y ya no tan reciente trabajo de CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padua, 1954, el cual, por cierto, además de asumir una perspectiva filosófica no aceptada generalmente, tiene que ver sólo con el momento de la interpretación de la norma, y además descuida totalmente la perspectiva histórico-sociológica del problema de los valores.

¹⁶ *Cfr.*, por ejemplo, la Introducción de BIANCHI D'ESPINOSA y la Premisa de GRECO en el volumen colectivo citado en nota 14, pp. 3 y ss., 25 y ss.

¹⁷ *Cfr.*, por ejemplo, la reseña de SATTA a NEPPI MODONA, *op. cit.*, en *Quaderni del diritto e del processo civile*, V, 1972, pp. 124 y ss.

¹⁸ *Cfr. infra*, cap. III.

¹⁹ En este carácter reside la razón por la cual apenas antes en el texto se distinguieron las "elecciones" de los "condicionamientos". La determinación de una actitud preferencial que ocurre en el plano instintivo, psicológicamente coaccionado, o en todo caso inconsciente, no puede calificarse como una elección en la medida en la que no implica una comparación consciente (y por lo tanto en un cierto sentido libre) entre las alternativas posibles. Por otra parte, ello implica que los términos y las razones de la comparación y de la relativa decisión sean conocidos y que puedan racionalizarse. Por fuera de estas condiciones, el término "elección" no parece que pueda ser correctamente usado.

²⁰ Para una hipótesis de explicación en relación con dicho comportamiento, véase *ante*, nota 8.

▪ La motivación como fuente de indicios ▪

²¹ Cfr. *infra*, cap. V.

²² Sobre la incidencia que tiene la previsión de los efectos de la decisión como criterio de valoración de la norma que se aplica al caso concreto cfr. MILLER, *op. cit.*, nota 7, pp. 271 y ss.; WEILER, *op. cit.*, nota 7, pp. 1 y ss.; HOPKINS, *op. cit.*, nota 10, pp. 176 y ss., 185 y ss.; *id.*, "Fictions and the Law: A Preliminary Theory of Decision", en *Brooklyn Law Review*, núm. 38, 1966, pp. 1 y ss.

²³ Sobre el papel que juegan en el ámbito de la decisión las elecciones metodológicas o también meramente técnicas cfr. CASSESE, *op. cit.*, nota 7, p. 416; sobre sus implicaciones ideológicas cfr. ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., p. 107 nota 67. Una importancia no menor puede serle atribuida a las elecciones "cognoscitivas" realizadas por el juez en el momento de la comprobación de los hechos. Sobre este tema cfr. COOK, "Facts" and "Statements of fact", en *University of Chicago Law Review*, n. 4, 1937, pp. 233 y ss.

²⁴ En cierta medida, los resultados que resultan de las investigaciones realizadas sobre el comportamiento de los jueces pueden ser consideradas como una serie de reglas que tienen un significado bastante amplio, y que son relativas al modo en el que los factores condicionantes, internos o externos, inciden sobre la actividad del juez (en este sentido cfr. NAGEL STUART, *The Legal Process from a Behavioral Perspective*, Homewood, Ill, 1969, pp. 39 y ss., 81 y ss., 177 y ss.). Estos datos, que considerados en su conjunto constituyen un marco de posibles explicaciones del comportamiento del juez, pueden ser usados también en función de reglas de inferencia, siempre que sea precisado el significado y sea verificado, bajo el perfil histórico y sociológico, la aplicabilidad a las sentencias por ser analizadas.

²⁵ En torno a las connotaciones emotivas o valorativas que están presentes en las expresiones del discurso, y que son capaces de modificar su propio significado o de revelar (constituyéndose como su indicio) un significado diverso, cfr. SAPIR, *Il linguaggio. Introduzione alla linguistica*, trad. it., Turín, 1969, pp. 39 y ss.; ROSIELLO, *Struttura, uso e funzioni della lingua*, Florencia, 1965, pp. 70 y ss.; y *passim*; GREIMAS, *Semantica strutturale*, trad. it., Milán, 1968, pp. 21 y ss. En el texto se supone la posibilidad de utilizar elementos de este tipo, cuya función no se agota necesariamente en la correlación significante-significado propio, como indicios (o puntos que resaltan entre los intersticios del discurso descriptivo o justificativo) de las actitudes emotivas o valorativas del juez.

²⁶ Sobre el mecanismo psicológico de la decisión automática, o de *routine*, cfr. WEIMAR, *Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung*, Basilea-Stuttgart, 1969, pp. 145 y ss.

²⁷ Cfr., por ejemplo, "Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse", en *Zur Psychologie*, cit., pp. 94 y ss., 127 y ss., 140 y ss., y, en los otros escritos compilados, *ibidem*, pp. 328 y ss., 350 y ss., 365 y ss.

²⁸ Cfr. SCHROEDER, "The Psychologic Study of Judicial Opinions", en *California Law Review*, n. 6, 1918, pp. 89 y ss.

²⁹ Sobre el tema cfr. *infra*, en este mismo cap. § 4.

³⁰ Cfr., WEIMAR, *op. cit.*, nota 26, pp. 141 y ss.

³¹ Cfr. BENDIX, "Die irrationalen Kräfte der zivilrichterlichen und strafrichterlichen Urteilsfähigkeit", en *Zur Psychologie*, cit., pp. 268 y ss., 304 y ss.

³² Cfr. *passim* en las obras citadas ante en la nota 14.

³³ Cfr. GORLA, "Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia", en *Quaderni del Foro Italiano*, 1966, pp. 5 y ss.; *id.*, "Note sull

'interpretazione integrativa (in diritto e in fatto) della ratio decidendi e sul precedente giudiziale implícito", en *Giurisprudenza italiana*, 1966, I, 2, pp. 569 y ss.; *id.*, "Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretación delle sentencias", en *Foro Italiano*, 1964, V, pp. 73 y ss.; *id.*, 2. La interpretación indicaria del significado de la motivación " 'Ratio decidendi', principio di diritto (y "obiter dictum"). A proposito di alcune sentencias en tema di revoca dell'offerta contrattuale, *ibid.*, 1964, V, pp. 89 y ss.; *id.*, "Offerta 'ad incertam personam' (Saggi per un nuovo tipo di nota a sentenza)", *ibid.*, 1965, I, pp. 433 y ss.; *id.*, "La struttura della decisione giudiziale nel diritto italiano e nella 'common law' ", *cit.*; *id.*, "Precedenti giudiziali sulla trasmissibilità e sul termine dell'obbligazione pattizia di prelazione e su alcune questioni connesse", en *Quaderni del Foro Italiano*, 1967, pp. 97 y ss., 161 y ss.; *id.*, "Lo stile delle sentencias – Ricerca storico-comparativa", *ibid.*, pp. 315 y ss.; *id.*, "Lo stile delle sentencias – Testi commentati", *ibid.*, 1968, pp. 373 y ss.; *id.*, "Giurisprudenza", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, Milán, 1970, pp. 507 y ss.; LUPOLI, "Pluralità di 'rationes decidendi' e precedente giudiziale", en *Quaderni del Foro Italiano*, 1967, pp. 203 y ss.; ROBERTI RUBINACCI, "Un esperimento di ricerca di giurisprudenza: la posizione patrimoniale della donna nella convivenza 'more uxorio'", en *Quaderni del Foro Italiano*, 1967, pp. 175 y ss.

³⁴ Respecto a ambos aspectos metodológicos de las investigaciones en comento, *cfr.*, en particular, GORLA, "Raccolta di saggi", *cit.*, pp. 10, 25, y ss.; *id.*, "Note sull'interpretazione integrativa", *cit.*, p. 577; *id.*, "Lo studio interno e comparativo", *cit.*, pp. 81 y ss.; *id.*, "Offerta 'ad incertam personam' ", *cit.*, pp. 434 y ss., 443 y ss.; *id.*, "Precedenti giudiziali", *cit.*, pp. 97 y ss., 107 y ss., 110 y ss., 122 y ss.

³⁵ Esta consideración vale también en buena medida respecto del filón de pensamiento que ha desarrollado de manera más amplia el tema del precedente judicial (en ese sentido véanse las indicaciones hechas en la nota 33). Además, vale particularmente en relación con la definición de los cánones interpretativos que deben aplicarse a los indicios identificados en la motivación. Por un lado, en efecto, es prescrito el así llamado canon de la completitud (*cfr.* GORLA, "Lo studio interno e comparativo", *cit.*, p. 75; *id.*, "Ratio decidendi", *cit.*, pp. 89 y ss.; *id.*, "Offerta 'ad incertam personam' ", *cit.*, pp. 443 y ss.), que es teóricamente inobjetable, pero, al requerir por parte del intérprete de conocimientos específicos corre el riesgo de ser, en los hechos, inaplicable. Queda sin resolver, en cambio, el tema de los criterios cognoscitivos que fundan las conclusiones en torno al verdadero comportamiento del juez, y que se desprenden de los elementos proporcionados por la motivación. Por otra parte, una insuficiencia análoga vicia también la cuestión de método que tiene que ver con la individuación del significado mismo de la sentencia. La única indicación que puede tenerse al respecto (véase GORLA, "Precedenti giudiziali", *cit.*, p. 100), es, en efecto, en el sentido de un uso análogo de algunas normas del Código Civil en materia de interpretación del contrato (en específico los artículos 1362, 1363 y 1369).

³⁶ Por otra parte, una vez supuesta la coincidencia entre las razones reales de la decisión y los motivos expresados, el punto de vista en cuestión no se plantea como problema el análisis de las razones de la decisión a través de la decodificación del discurso expresado por el juez, del que se desprende la falta de racionalización de los respectivos criterios lingüísticos, lógicos y conceptuales, así como también la explicación de ciertas ingenuidades metodológicas, incluso entre los autores más cuidadosos, como la que ha sido señalada en la nota anterior.

³⁷ Para referencias en este tema, véase *infra*, en este cap. 4.

▪ La motivación como fuente de indicios ▪

³⁸ En general, sobre las implicaciones ideológico-políticas presentes en el uso de determinados tópoi argumentativos, y sobre el modo en el cual su utilización revela esas implicaciones referidas al juez, *cfr.* STRUCK, *Topische Jurisprudenz*, Frankfurt am Main, 1971, pp. 107 y ss.

³⁹ En ese sentido, *cfr.*, especialmente, LEFEBVRE, *Le langage et la société*, París, 1966, pp. 153 y ss., 175 y ss.

⁴⁰ Sobre el concepto de “esterotipo” lingüístico, y sobre sus relaciones con la noción lógico-psicológica del prejuicio, *cfr.* SCHAFF, *Filosofía del linguaggio*, *cit.*, pp. 121 y ss.

⁴¹ La posibilidad de que la motivación de la sentencia funja como trámite para el control externo sobre la actuación del juez depende de la eficacia que la misma manifiesta como instrumento de comunicación, en el sentido de que el control puede ser efectuado solamente por quien, y en la medida en la que, sea capaz de individuar su significado. Resulta entonces evidente que el lenguaje en el que ésta es expresada opera como instrumento de selección de los posibles intérpretes (y, por lo tanto, de los posibles “controladores”), dado que en los límites en los que, por motivos técnicos o culturales, el significado propio de la motivación no puede ser individuado por un determinado sujeto, y el proceso de comunicación no se da, o se da sólo en parte, resulta concretamente imposible la operación de control por parte de dicho sujeto sobre la consistencia de la misma motivación. El uso acentuado de un lenguaje técnico o jergal en la sentencia, por ejemplo, impide su comprensión y, por lo tanto, también el control crítico, por parte de quien no es capaz de entender ese lenguaje y, por ello, no usándolo. Entonces, en tendencia, la función política de control sobre la actuación del juez termina por ser ejercida sólo por la clase de los juristas o, incluso, dependiendo de la materia sobre la que versa la controversia, por los respectivos especialistas. Nótese, por otra parte, que esta reducción de la opinión pública a la opinión de los letrados deriva también de la falta de instrumentos idóneos para difundir aquello que la misma opinión pública debería controlar (falta que constituye un problema político adicional); por lo demás, también en la hipótesis en la cual el público pueda llegar a conocer la sentencia (aparte de las posibles distorsiones en el momento de su difusión), sería suficiente la ya mencionada eliminación por razones lingüísticas para bloquear el entero proceso de comprensión y control.

⁴² Sobre las implicaciones axiológicas del dogma de la completitud, *cfr.* claramente CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Turín, 1962, pp. 143 y ss.; sobre las múltiples conexiones entre la aserción de la completitud del ordenamiento y de las concepciones del derecho, del ordenamiento y de la interpretación que se derivan de ella, *cfr. ibidem*, pp. 75 y ss., 94 y ss., 119 y ss.

⁴³ Para quien admita que, al menos en casos determinados, en la base de la adhesión a una cierta doctrina o teoría de una institución jurídica haya una elección de carácter ideológico (y en este sentido véanse los esclarecedores ejemplos planteados por TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Milán, 1967, pp. 29 y ss., 57 y ss., 101 y ss., y *passim*), resulta evidente la imposibilidad de concebir como “puras” o avalorativas las mismas elecciones técnico-jurídicas a partir de las que el juez hace derivar la decisión (en este sentido, *cfr.* CASSESE, *op. cit.*, nota 7, p.416; en general sobre los perfiles ideológicos de la interpretación jurídica *cfr.* TARELLO, “Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell’interpretazione giuridica”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971, pp. 8 y ss.); por otro lado, la mencionada conexión entre elección técnica o dogmática y elección ideológica permite configurar la posibilidad de inferir la segunda a partir de la expresión que la primera encuentra en el contexto de la motivación.

⁴⁴ *Cfr.* LAZZARO, *Argomenti dei giudici. Estratto dai lavori della ricerca sulla “argomentazione giuridica” patrocinata dal C.N.R.*, Turín, 1970.

⁴⁵ Al respecto *cfr.* LAZZARO, *op. cit.*, pp. 4 y ss., 31 y ss., 75, 82 y ss., 95 y ss.; *id.*, La funzione dei giudici, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1971, pp. 4 y ss. y *passim*.

⁴⁶ *Cfr.* LAZZARO, *La funzione*, *cit.*, p. 5.

⁴⁷ *Cfr.* LAZZARO, *La funzione*, *cit.*, p. 2.

⁴⁸ *Cfr.* LAZZARO, *Argomenti*, *cit.*, p. 26 y *passim*.

⁴⁹ Una explicación posible del fenómeno, aunque sea parcial, puede identificarse en el hecho de que el juez, concibiendo a los conceptos jurídicos como “cerrados” (a pesar de las ambigüedades apenas señaladas en relación con las argumentaciones que les son atinentes), se encuentra en posibilidad de manipularlos de manera formal (o formalista) y sistemática, con una postura que gusta de considerar “exacta” y “científica” (sobre el carácter de “apertura” que tienen estos mismos conceptos, y la consecuente ambigüedad de dicha postura, *cfr.*, además, ESSER, *Grundsatz und Norm*, *cit.*, pp. 47 y ss., 56 y ss., 107 y ss., 141 y ss.). De manera contraria, el carácter de “apertura” o indeterminación de las cuestiones de hecho, con el inevitable gran espacio que éstas dejan para la valoración discrecional, es poco congruente con una postura de este tipo, y crea problemas no resolubles con los instrumentos usuales de la lógica y de la dogmática jurídica. En consecuencia, el juez, instruido para el uso de estos instrumentos más que para los de la valoración psicológica, económica y social, tiende a ampliar la parte que puede ser más dogmática de su discurso, es decir, precisamente, la que tiene que ver con cuestiones de puro derecho, sin considerar que regularmente la misma solución a las cuestiones de derecho depende de aquella de la *quaestio facti*. En particular sobre las características de “apertura” o de indeterminación de las cuestiones de facto, *cfr.* HENKE, *Die Tatfrage. Der unbestimmte Begriff und eine Revisibilität*, Berlín, 1966, pp. 54 y ss.

⁵⁰ *Cfr.* al respecto RUMBLE, *American Legal Realism*, Nueva York, 1968, pp. 48 y ss.; TARELLO, *Il realismo giuridico*, *cit.*, *loc. cit.*; LLEWELLYN, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago, 1962, pp. 56 y ss. Para las posturas críticas en relación con las posturas extremas del *rule-skepticism* *cfr.* RUMBLE, *op. cit.*, pp. 88 y ss., y para las críticas contemporáneas a dichas formulaciones *cfr.*, especialmente, POUND, “The Call for Realistic Jurisprudence”, en *Harvard Law Review*, núm. 44, 1931; *id.*, “Fifty Years of Jurisprudence”, en *Harvard Law Review*, núm. 51, 1938, pp. 795 y ss.

⁵¹ *Cfr.* RUMBLE, *op. cit.*, pp. 107 y ss.; TARELLO, *op. ult. cit.*, *loc. cit.* El principal y más radical exponente del *rule-skepticism* fue FRANK, de quien *cfr.*, especialmente, *Law and the Modern Mind*, Nueva York, 1949, y *passim*, y *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton, 1950, pp. 168 y ss., 326 y ss.; en relación con el tema *cfr.*, además, PAUL, *The Legal Realism of Jerome N. Frank*, The Hague, 1959, pp. 13 y ss.; VOLKOMER, *The Passionate Liberal: The Political and Legal Ideas of Jerome Frank*, The Hague, 1970, pp. 57 y ss.

⁵² En tal sentido *cfr.*, por ejemplo, FRANK, *Courts on Trial*, *cit.*, pp. 159 y ss., 170 y ss., 326 y ss.; PAUL, *op. cit.*, pp. 51 y ss.; REICH, *Sociological Jurisprudence und Legal Realism in Rechtsdenken Amerikas*, Heidelberg, 1967, pp. 86 y ss.

⁵³ *Cfr.*, por ejemplo, FRANK, *Law and the Modern Mind*, *cit.* nota 51, pp. 140 y ss.; *id.*, *Courts on Trial*, *cit.*, pp. 165 y ss.; COHEN F. S., “The problems of a Functional Jurisprudence”, en *Modern Law Review*, 1937, p. 9; LLEWELLYN, *Jurisprudence*, *cit.*, pp. 56 y ss.; GREEN, *Judge and Jury*, Kansas City, 1930, p. 53; REICH, *op. cit.*, p. 92. En sentido crítico *cfr.* ROBINSON, *Law and the Lawyers*, Nueva York, 1935, pp. 139 y ss.

⁵⁴ En relación con el segundo punto de vista *cfr.*, especialmente, FRANK, *Courts on Trial*, *cit.* nota 51, pp. 170 y ss. La tesis de la inutilidad del análisis de la motivación para conocer las razones reales de la decisión frecuentemente no es formulada con claridad; sin

▪ La motivación como fuente de indicios ▪

embargo, está presente, entre los *fact-skeptics*, tanto porque ninguno de ellos se orienta hacia la tesis contraria, como porque esta última está excluida lógicamente del modo en el cual se enuncia generalmente la distinción entre motivos reales y motivos expresados.

⁵⁵ En este sentido, *cfr.*, especialmente, FRANK, *Law and the Modern Mind*, *cit.* nota 51, pp. 123 y ss. y 159 y ss. Por otra parte, una sugerencia de este tipo resulta incongruente tanto en el orden de ideas que profesa el autor que la propone, como en línea de máxima y también fuera de ésta. Desde el primer punto de vista, es absurdo exigir que la motivación refleje los procesos psíquicos del juez, después de haber subrayado con extrema decisión precisamente los múltiples elementos de irracionalidad, de ambigüedad y también de falta de control de tales procesos, además la amplitud con la que estos operan en la esfera de la consciente fuera de toda posibilidad de análisis racional; las atenuaciones de la contradicción referida que se encuentran en obras más recientes del mismo autor (*cfr. Courts on Trial*, *cit.*, pp. 165 y ss. y 183), no son suficientes para eliminarla. Desde el segundo punto de vista, la sugerencia es también absurda, porque la manera en que esta puede concretizarse es imposible: el juez no puede (y aunque pudiera sería probablemente inoportuno) recorrer en un procedimiento inverso las etapas de un proceso psíquico que, como tal, le es en gran medida desconocido en sus componentes decisivos; por otra parte, una hipotética motivación de este tipo sería inútil, dado que no tiene sentido hablar de control de validez y de rectitud del proceso psíquico a través del cual el juez llegó a la decisión (en este sentido *cfr.* WRÓBLEWSKI, "Legal Decision and It's Justification", en *Le raisonnement juridique*, *cit.*, p. 410, y ya antes también ADLER, "Legal Certainty", en *Columbia Law Review*, n. 31, 1931, pp. 91 y ss.).

⁵⁶ La expresión se debe a RUMBLE, *op. cit.*, nota 50, p. 79.

⁵⁷ Al respecto se llega a afirmar (*cfr.* FRANK, *Courts on Trial*, *cit.* nota 51, p. 170) que cuando el juez se pone a analizar, en la motivación, los actos de percepción y de intuición que subyacen a la decisión, el resultado que se desprende no es otra cosa más una falsificación. En sentido crítico, al respecto *cfr.* HALPER, "Logic in Judicial Reasoning", en *Indiana Law Journal*, n. 44, 1968, pp. 38 y ss.

⁵⁸ El ejemplo más reciente e indicativo es el multicitado estudio de WEIMAR, en el cual es realizado un análisis muy penetrante de la estructura psicológica de la decisión judicial (*cfr.*, especialmente las pp. 29 y ss., 69 y ss., 112 y ss., 193 y ss.), pero carece de cualquier referencia al tema que aquí nos interesa.

⁵⁹ Como hemos apenas visto, la formulación más clara y también más extrema de esta posición se remonta a algunos exponentes del realismo norteamericano. Por otra parte, éste ha encontrado manifestaciones dignas de ser consideradas en Europa, a pesar de las profundas diferencias existentes bajo el perfil cultural y científico. Aparte de la corriente del realismo escandinavo, en gran medida vinculado con la homónima corriente norteamericana (sobre cuyas tesis relativas al problema examinado *cfr.* ROSS, *Diritto e giustizia*, trad. it., de G. Gavazzi, Turín, 1965, pp. 128 y ss., 128 y ss., 137 y ss., 143 y ss.), el orden de ideas descrito en el texto goza de una difusión un tanto relevante y relativamente desvinculada de tendencias doctrinales, jurídicas o filosóficas, específicas. Al respecto véase el cap. I.

⁶⁰ En este orden de ideas se movió esencialmente la doctrina del juicio de Carnelutti, que tuvo una gran relevancia en el pensamiento jurídico italiano, tanto por haber sido amplia y repetidamente elaborada por su autor, como por haber sido, en sustancia, el único tentativo apreciable —al menos entre los procesalistas— de profundización del problema. Respecto al tema, véanse las referencias indicadas en la nota 27 del cap. I.

⁶¹ En nuestro país, este planteamiento tuvo su expresión principal en el pensamiento de Caprograssi, y en aquellos que en épocas más recientes han sido receptores de sus motivos fundamentales (véanse las referencias *ante*, cap. I, nota 28).

⁶² Desde esta perspectiva destaca netamente uno de los más convencidos seguidores de la doctrina de Capograssi, quien llega a afirmar que la motivación no es otra cosa más que la expresión directa de las valoraciones que el juez ha efectivamente realizado para llegar a la decisión (*cfr.* MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milán, 1965, pp. 244 y ss.). La consistencia de dicha aseveración debe ser valorada, por otra parte, a la luz de sus presupuestos, entre los cuales es esencial la negación de la separación filosófica entre hecho y valor, y la afirmación de la objetividad metafísica del juicio de valor ("El análisis del procedimiento mental del juez nos ha mostrado que éste se desarrolla a través de una serie de juicios de valor que no dependen de la subjetividad del intérprete y le son impuestos, al contrario, por las estructuras ontológicas de la realidad", *ibid.*, p. 244). Dado que el razonamiento del juez está compuesto exclusivamente por juicios de este tipo, y frente a la necesidad de salvar el principio de que la actuación del juez debe poder controlarse en la realización de la motivación, el autor se encuentra obligado a tener que concluir en el sentido que se ha mencionado, afirmando que el control sobre la motivación implica directamente el control sobre la decisión (véase *ibid.*, p. 245). Al respecto sería posible proponer un gran número de consideraciones críticas, pero por ahora vale la pena limitarse, por una cuestión de brevedad, a esbozar sólo algunas de ellas: 1) la unidad de hecho y de valor, y la tesis de la objetividad ontológica del juicio de valor padecen importantes cargas filosóficas (idealismo, espiritualismo, metafísicas de diverso tipo) que deben ser rechazadas; 2) este modo de plantear la cuestión descuida completamente toda la problemática que sobre la naturaleza de los juicios de valor se ha venido desarrollando desde hace tiempo, para no remontarnos hasta Hume, en el plano lógico y epistemológico; 3) la perspectiva examinada no toma en cuenta la naturaleza lingüística de la motivación, y por lo tanto no individúa ni su estructura signifiante ni su significado; no es menos relevante la consideración de la naturaleza lógica de la motivación; 4) el trastoque de la doctrina tradicional, que hacía coincidir la estructura de la decisión con la de la motivación, ocurre al hacer coincidir la motivación con la decisión: el trastoque es por lo tanto sólo aparente, y revela todo su carácter de seudosolución meramente verbal.

⁶³ *Cfr.*, por ejemplo, GIULIANO, *op. cit.*, nota 12, pp. 52 y ss.; HÉBRAUD, "La logique judiciaire", 5ª *Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires*, París, 1969, pp. 46 y ss.; SOULEAU, *ibidem*, pp. 61 y ss. Para la negación del "sentido de justicia" intuitivo como criterio de decisión *cfr.*, por ejemplo, STONE, *Human Law and Human Justice*, Stanford, California, 1965, p. 314 y ss.

⁶⁴ *Cfr.* FRANK, *Courts on Trial*, *cit.* nota 51, p. 170; GUEST, "Logic in the Law", en *Oxford Essays in Jurisprudence*, Guest ed., Oxford, 1961, p. 187; HUTCHESON, "The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision", en *Cornell Law Quarterly*, núm 14, 1929. Sobre la teoría del *judicial hunch* y, por exclusión, de su utilidad como criterio de decisión, *cfr.* SINCLAIR, "Legal Reasoning: In Search of an Adequate Theory of Argument", en *California Law Review*, n. 59, 1971, pp. 825 y ss.

⁶⁵ Para un intento de definición de la noción psicológica de *Rechtsgefühl* *cfr.* WEIMAR, *op. cit.*, nota 26, pp. 103 y ss.; sobre el tema *cfr.*, además, RIEZLER, *Das Rechtsgefühl. Rechtspsychologische Betrachtungen*, II Aufl., Munich, 1946, pp. 26 y ss.

⁶⁶ *Cfr.* esencialmente, CAIANI, *I giudizi di valore*, *cit.* nota 15, pp. 133 y ss.; *id.*, "Formalismo ed empirismo nella scienza del diritto", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1953, pp. 107 y ss.

CAPÍTULO III

LA MOTIVACIÓN COMO DISCURSO JUSTIFICATIVO

SUMARIO: 1. La interpretación de la motivación como signo en sentido propio, *a.* Significado y estructura del discurso, *b.* Factores lógicos y retóricos en el contexto de la motivación; 2. Motivación y razones reales de la decisión, *a.* La motivación como un discurso de significado más extendido, *b.* La motivación como un discurso de significado menos extendido, *c.* El razonamiento justificativo como significado propio de la motivación; 3. Lógica del juicio y de la motivación, *a.* Logicismo y antilogicismo en las concepciones del juicio, *b.* Sobre los sofismas del logicismo y del antilogicismo, *c.* El rol de la lógica en el razonamiento del juez, *d.* La distinción entre lógica del juicio y lógica de la motivación, *e.* Lógica y valorabilidad del razonamiento del juez.

1. LA INTERPRETACIÓN DE LA MOTIVACIÓN COMO SIGNO EN SENTIDO PROPIO

En el capítulo precedente realizamos un intento de enumeración y de clasificación (que no es necesariamente taxativa) de los modos en los que se puede configurar la motivación, los cuales tienen en común el hecho de descuidar la función justificativa que típicamente la motivación está destinada a jugar en el ámbito de la sentencia, así como su papel de signo en sentido propio. Evidentemente, el hecho de que tales enfoques no tomen en consideración el aspecto de que la motivación es un signo en sentido propio, no implica que les resulte completamente extraño. Por otra parte, la presencia de uno o más momentos de individuación del significado propio del discurso que constituye la motivación, no basta para transfor-

mar los enfoques que examinamos en modos de interpretación de la motivación como signo en sentido propio. Ello es así, no sólo por razones que tienen que ver con la naturaleza del procedimiento de análisis que los mismos requieren (entre las cuales es esencial la libre elección de cánones interpretativos no convencionales), sino también por otras dos razones. La primera de ellas es que en el ámbito de dichos enfoques, la individuación del significado propio de la motivación no es el objetivo típico de la interpretación, sino que tiene sólo un rol instrumental en el momento en que se reconstruye todo aquello que es asumido como indicio dentro de la motivación. La segunda es que el ámbito de los mismos enfoques, vista su pluralidad y la diversidad de cánones interpretativos que pueden utilizarse, lo que es asumido comúnmente como indicio no es en realidad la motivación en su conjunto, sino solamente una o varias de sus partes, más o menos amplias, y elegidas de acuerdo con criterios de oportunidad variables. La perspectiva que concibe a la motivación como signo en sentido propio, que requiere ser enfrentada como la premisa del análisis de la motivación como acto del juez, se diferencia de los enfoques que hemos descrito previamente, especialmente respecto de los aspectos que hemos apenas recordado.

Ante todo, como se desprende la misma noción general de signo lingüístico en sentido propio,¹ dicha perspectiva se plantea como objetivo la individuación de su significado propio de entre los muchos significados posibles que pueden serle atribuidos a la motivación según los diversos tipos de interpretación. Ello presupone que la motivación sea entendida como un discurso elaborado por el juez en el intento de volver manifiesto un cierto conjunto de significados; ello significa, además, que la motivación debe ser configurada como un instrumento de comunicación, que se inserta en un procedimiento comunicativo que se origina por el juez y que está encaminado a informar a las partes, y también al público en general, aquello que el juez pretende expresar. Ya se ha observado² que el factor de voluntarismo que está presente en este proceso no debe ser entendido más allá de los límites que le son propios: el “cierre” del discurso que constituye la motivación y su consiguiente despersonalización, provocan que ésta no refleje necesariamente todo aquello que el juez ha querido expresar, sino sólo aquello que el intérprete está en capacidad de “comprender”. Por otra parte, dicho factor asume una relevancia determinante en la medida en la que hace referencia a la peculiar condición de la inter-

pretación del signo en sentido propio, que implica el uso, por parte del intérprete, de cánones convencionales. Debemos subrayar el hecho de que justamente el carácter convencional de esos cánones (que no está presente en el criterio que libremente escoge quien se plantea la interpretación de un indicio) constituye el nexo estructural que vincula a la “voluntad de significar” de quien emite el discurso, y la “capacidad de interpretar” de quien lo recibe, y representa el marco semántico de lectura de la motivación como signo en sentido propio. El segundo perfil bajo el cual este tipo de interpretación se distingue de aquellos que hemos examinado precedentemente, tiene que ver con la identificación de aquello que constituye el objeto de la interpretación. Mientras que una de las características comunes a los puntos de vista que consideran a la motivación como fuente de indicios, consiste en el hecho de que regularmente se consideran como significantes una o más partes o aspectos de la motivación, la determinación de su significado propio presupone que la motivación en su totalidad sea asumida en su calidad de signo. Tanto la necesidad como la utilidad de considerar el significado global de la motivación en el ámbito de la sentencia podrían ser explicadas diversamente, pero no es necesario profundizar ulteriormente en el tema, dada la banalidad de la constatación de que no tiene sentido preguntarse qué cosa haya expresado el juez con la motivación, si no es suponiendo una interpretación completa del discurso que materialmente la constituye.

La referencia a la motivación en su totalidad contiene además algunas implicaciones que es necesario desarrollar brevemente en este espacio.

La primera es que sólo por una convención y por comodidad de lenguaje podemos referirnos a la motivación como “un” signo lingüístico dotado de “un” significado propio. En realidad, como ya lo hemos hecho notar en varias ocasiones, el hecho de que la motivación sea un discurso implica que ésta puede escindirse en las partes que la componen, y que tienen una cierta autonomía estructural, lógica y semántica. En consecuencia, la motivación no debe ser vista como un todo unitario y homogéneo, sino como un conjunto de entidades que, bajo ciertos aspectos, son heterogéneas entre sí: tratándose de un discurso, entendido como un conjunto de proposiciones, se podría definir a la motivación como el conjunto de signos lingüísticos, es decir, como un signo complejo, dependiendo de que se quiera evidenciar la variedad de sus componentes, o bien su colocación en un mismo conjunto. El significado propio de la motiva-

ción, entonces, es el conjunto de los significados que están expresados por sus componentes, debiendo, por otra parte, poner de relieve que el significado del discurso en su conjunto es algo más y algo diverso respecto de la mera y llana suma de los significados que son referidos a las proposiciones en lo individual. Esto es así porque éstos deben ser vistos en función del objeto del discurso mismo, y en virtud de fenómenos de integración, delimitación y transposición que revisten los significados de las proposiciones específicas.³

Además, es necesario poner en relieve el que la motivación no es un conjunto casual o caótico, sino una serie de proposiciones que, aun no estando ligadas, en lo individual o conjuntamente, por un vínculo de rígida y estricta concatenación lógica, tienden, sin embargo, a presentarse de conformidad con un principio ordenador cuya eficacia para estructurar puede ser más o menos intensa dependiendo de los casos.

a. Significado y estructura del discurso

Para ilustrar mejor la importancia de semejante principio, resulta oportuno partir de la noción lógico-semántica del “contexto”, que indica el sistema de correlaciones en el cual el signo en lo individual que se quiere interpretar quiere insertarse, o está inserto. En el plano de la teoría semiológica se ha aclarado suficientemente el papel determinante que un contexto así concebido juega sobre el significado del signo lingüístico en particular,⁴ y ello permite que no se insista ulteriormente en ese punto.

Al respecto, y siempre bajo el perfil de la motivación entendida como signo lingüístico complejo, debe ponerse en relieve que la noción de contexto juega un papel operativo en dos diferentes niveles. En el primero y más general de los mismos, el contexto en el cual la motivación se inserta es el de la sentencia: es en realidad un contexto estructural particularmente simple, dado que consta esencialmente en la correlación que existe entre la motivación y la decisión; sin embargo, es en el ámbito de esta correlación en donde se determina la función instrumental que la motivación juega en la sentencia. El carácter instrumental que tiene la motivación en relación con la decisión puede ser vista bajo diversos aspectos (entre los cuales reviste un interés particular el de la motivación como base para la determinación del contenido exacto de la decisión)⁵ pero lo que aquí tiene mayor importancia se relaciona con la

función justificadora que tiene la motivación y que está destinada típicamente a jugar respecto de la decisión.

La incidencia de dicho contexto-función a nivel global tiene que ver con el hecho de que uno de los modos de lectura necesarios del significado de la motivación es el que pone énfasis en el hecho de que la motivación tiende a proporcionar una justificación de la decisión. En sustancia, dicha incidencia se manifiesta en la medida en que la motivación tiene que ser leída, de manera prevalente, como un discurso encaminado a justificar (validar, racionalizar, volver aceptable) la decisión, frente a otras lecturas que están orientadas en una dirección distinta,⁶ y con una implícita determinación de los cánones interpretativos adecuados a la estructura justificativa del discurso.

El segundo nivel de incidencia del factor contextual no tiene que ver con las relaciones que involucran a la motivación, sino con la estructura interna de la misma motivación. El hecho de que esté destinada a jugar una función justificativa en el ámbito de la sentencia, implica que deba verse en ese hecho el principio ordenador interno al cual hemos hecho antes referencia en sus líneas generales. Ello quiere decir que las proposiciones y los grupos de proposiciones que componen a la motivación tienden a presentarse en su interior siguiendo un orden lógico de carácter justificativo y, dicho orden constituye el modelo en el que estructura el discurso en su conjunto. La incidencia del factor contextual-funcional sobre la interpretación de los signos comprendidos en la motivación resulta evidente si consideramos de manera más detallada los roles lógico-semánticos que aquellos juegan en dicho ámbito.

Como veremos más ampliamente enseguida, el que el esquema de la motivación esté modelado conforme a una estructura justificativa implica la preeminencia de dos perfiles, uno que tiene que ver con la presencia de un conjunto ordenado de correlaciones lógicas entre proposiciones o grupos de proposiciones, el otro atinente a la presencia de componentes no estrictamente lógicos, pero de naturaleza retórico-argumentativa.

*b. Factores lógicos y retóricos en el contexto
de la motivación*

El aspecto relativo a la presencia de un sistema de nexos lógicos (cuyas características peculiares habremos de individuar más adelante), es

el que reviste mayor relevancia en relación con la estructura de la motivación. Ante todo, el esquema lógico del discurso, que consiste en articulaciones y concatenaciones que resultan principalmente de inferencias orientadas a una función justificativa, constituye de por sí un criterio general de determinación del significado global del discurso, en el sentido de que representa una regla de elección, entre los eventuales significados posibles. En otras palabras, ello equivale a sostener que el significado propio de la motivación no puede ser individuado si no es tomando en cuenta a la estructura lógico justificativa que le es propia y que, además, dicho significado está determinado necesariamente por esa misma estructura. Por otra parte, aquella constituye el punto de referencia para establecer si la motivación, leída en su significado propio, es o no idónea para desempeñar la función de justificación de la decisión que institucionalmente le está atribuida.

Por otra parte, la estructura lógica de la motivación es determinante también por lo que hace al significado propio de las proposiciones en lo individual. En efecto, la colocación de una proposición en el ámbito de un discurso estructurado de acuerdo con un esquema lógico, representa el criterio de individuación de la función que ésta juega en dicho esquema. Por ejemplo, bajo este aspecto, se llega a establecer si la proposición en realidad representa una premisa (demostrada o utilizada como hipótesis de trabajo), o una consecuencia (inductiva, deductiva, unívoca, equívoca, etc.), o bien si se trata de una regla o un criterio de inferencia (indubitable, probabilístico, etc.). En segundo lugar, resulta claro que la individuación de la función lógica que desempeña la proposición en el contexto no es un fin en sí misma, sino que está relacionada también al significado propio de la misma proposición. Por otra parte, dicho significado está al mismo tiempo delimitado, integrado y en todo caso establecido también a partir de su relación con el significado de las otras proposiciones. Por ejemplo, el campo de los significados que se puede reconducir a una cierta proposición es más o menos amplio (o diverso) dependiendo de que ésta figure como una premisa (general o particular) de un cierto tipo de inferencia, o como conclusión; en el primer caso, se tiene un significado asumido de manera originaria (el menos en el discurso en lo individual), que tiende a comunicarse con la conclusión de la inferencia, de manera e intensidad diversas, dependiendo de la naturaleza lógica de la inferencia misma; en el segundo caso se tendrá, por el

contrario, un significado inducido (siempre dependiendo del tipo de inferencia de que se trate), que encuentra su fuente en el área semántica definida por las premisas.⁷ Finalmente debe ser considerado otro fenómeno, que consiste en el hecho de que la misma proposición puede asumir significados diferentes, al menos en parte, en la medida en la que sea usada varias veces en el mismo contexto, dependiendo de la función lógica que la misma juega en cada una de esas veces: la determinación de sus diversos significados depende, por lo tanto, del tipo de relación lógica de la que forma parte en cada ocasión.

Consideraciones en parte análogas son también válidas en relación con la relevancia que en el plano semántico asume el segundo componente principal de dicho discurso, y que también tiene un carácter instrumental respecto de las ya señaladas finalidades justificativas que persigue la motivación. Se trata pues, del elemento no puramente lógico estructural, sino más bien retórico, o mejor dicho argumentativo, que está presente en la motivación. De la función que cumple dicho elemento, y de su distinción frente al nivel estrictamente lógico del discurso del juez, hablaremos más adelante;⁸ por ahora interesa más, en particular, el aspecto que tiene que ver con la imposibilidad de distinguir topográficamente en el ámbito de la motivación una parte lógica y una parte retórico-argumentativa, además del estado de mezcolanza y de intersección en el cual se encuentran concretamente los dos factores. Esta situación, en efecto, presenta ya desde sus características más generales una relevancia de carácter semántico. Por un lado, de la misma manera en la que en el significado propio de una proposición resulta influyente el modo en el que ella está colocada dentro de una determinada estructura lógica, resulta igualmente influyente el no formar parte de dicha estructura y su consecuente planteamiento en un plano meramente argumentativo. En esencia, la colocación de la proposición define, en todo caso, su posición en la motivación y, por lo tanto, la incidencia del contexto sobre el significado propio de la proposición en lo individual también es relevante. Por otro lado, la presencia en la motivación de factores retórico-argumentativos, tiende a influir también sobre el significado de las proposiciones dotadas de función lógica, ya sea porque puede suceder que una misma proposición tenga al mismo tiempo un valor lógico y retórico, o bien porque el elemento retórico puede operar en el sentido de integrar, modificar o delimitar ulteriormente el significado propio de la proposición.⁹

Pasando luego a considerar de manera autónoma el perfil retórico argumentativo, es posible evidenciar su importancia respecto a la determinación tanto del significado global del discurso, como el de sus componentes particulares.

Bajo el primer perfil, el elemento argumentativo determina el significado global de la motivación en la medida en la que, por un lado, es consustancial a la estructura justificativa que la misma posee (genéricamente hablando se puede decir que la presencia del factor argumentativo acentúa la distinción de la motivación como discurso justificativo frente al modelo lógico de la demostración),¹⁰ y, por otro lado, introduce en ella un componente ulterior, que se traduce en la capacidad de persuasión que puede manifestar la motivación.

Ello implica una ampliación de los cánones interpretativos del significado global de la motivación, precisamente en la medida en la que conlleva una integración de sus fines y de sus potencialidades y, en consecuencia, termina por influir (tanto en su extensión, como en la diversificación respecto del uso de criterios más estrictamente lógicos), también en el ámbito de los “contenidos” que la misma motivación es capaz de expresar. Por otra parte, emerge también una influencia del factor argumentativo en el sentido de relativizar (diversificándolo de acuerdo con la época o el momento histórico-político) el significado que en su conjunto expresa la motivación.

Bajo el segundo perfil, relativo al significado de los elementos en particular (proposiciones o grupos de proposiciones) que componen el discurso argumentativo, la estructura argumentativa del discurso tiene también una incidencia relevante, siempre a partir del presupuesto general por el cual el contexto determina el significado de los signos en particular que se colocan en él. Ante todo, también al interior de un contexto de naturaleza argumentativa el significado de una proposición en particular se determina en correlación con el significado de las otras proposiciones del contexto; es decir, también se verifican fenómenos de recíproca delimitación e integración de los significados a los que hemos hecho referencia a propósito del contexto estructurado lógicamente.

A estos deben sumarse otros fenómenos análogos, pero en todo caso típicos del discurso argumentativo (aunque no se pueda excluir su eventual presencia en el discurso lógico) y a su vez influyentes bajo el perfil semántico, como la repetición, el cúmulo, la redundancia, o la amplia-

ción recíproca de los significados de las proposiciones que se insertan en ese discurso.¹¹ El significado de la proposición en particular varía, por lo tanto, dependiendo de que sea usada en su función de premisa (es decir, para expresar el lugar común a partir del cual parte la argumentación) o de conclusión (es decir, para expresar el punto en relación con el cual se pretende inducir el asentimiento del interlocutor), o bien de pasaje intermedio en la secuencia argumentativa que va de la primera a la segunda. La analogía con la situación de las proposiciones colocadas en un contexto estructurado lógicamente se interrumpe, por el contrario, en el punto que tiene que ver con la ambigüedad y la variabilidad del significado de la proposición. Mientras que la estructura lógica, hemos dicho, opera como criterio de resolución de la ambigüedad y de determinación de los significados de la proposición en las diversas fases del discurso en las que se presenta, la estructura argumentativa no opera del mismo modo. Una cierta medida, eventualmente muy amplia, de ambigüedad y de variabilidad semántica efectivamente está intrínseca en el discurso argumentativo,¹² ya que tales características en sustancia revelan ser instrumentales en relación con la finalidad de persuasión, con lo que resulta más fácil obtener la aceptación de los interlocutores en la medida en la que estén menos definido el objeto de dicha aceptación y los motivos que le subyacen.¹³

A manera de conclusión de las consideraciones que hemos expuesto hasta ahora, vale la pena poner en relieve que en concreto determinar el significado propio de la motivación es extremadamente más complejo de lo que puede resultar de los esbozos esquemáticos que hemos hecho, si bien no por otra cosa más que porque la distinción entre un contexto lógicamente estructurado y un contexto argumentativo no es neta, y son muy frecuentes las hipótesis intermedias en las cuales en el contexto lógico están presentes factores argumentativos, y el contexto argumentativo tienen una estructura más o menos lógica. El análisis de dicha hipótesis se plantea, sin embargo, mucho más allá de la problemática general de la motivación, la cual postula, no obstante, una ulterior profundización, tanto en el sentido de poner en evidencia las características esenciales de lo que podemos considerar como el significado de la motivación, como, de manera más específica, en el sentido de aclarar los componentes estructurales más relevantes del discurso del juez.

2. MOTIVACIÓN Y RAZONES REALES DE LA DECISIÓN

Una vez que hemos evidenciado los diversos perfiles según los cuales las características estructurales del contexto de la motivación inciden en su significado, es necesario, postergando el examen específico de dichas características, definir de manera más rigurosa qué cosa debemos entender por “significado de la motivación”. Por lo demás, no parece que el problema pueda resolverse con la adopción de una definición general cualquiera: por una parte, ya hemos hecho alusión varias veces a que el significado de la motivación es, en esencia, una variable dependiente de la estructura y de la función del discurso y no sólo de los criterios de interpretación que son utilizados. De ello se deriva, sustancialmente, que el significado de la motivación puede ser explicado sólo mediante la definición de las características del discurso y de los instrumentos mediante los cuales puede ser interpretado.

Por otra parte, la infinita variedad de las situaciones posibles es tal que vuelve teóricamente irrelevante toda constatación de los “contenidos” en particular y, en todo caso, su sistematización unificadora debería necesariamente echar mano de los criterios estructurales y operativos antes referidos.

No tiene sentido, por lo tanto, el proponerse llegar a una definición general, positiva, absoluta del significado de la motivación. Tiene sentido, por el contrario, el plantearse acercarnos al fenómeno a través de definiciones negativas. En sustancia, ello implica una solución orgánica del problema, al que hemos episódicamente hecho referencia, de si el significado de la motivación esté o no constituido por las así llamadas “razones reales” de la decisión. Precedentemente nos hemos referido varias veces a las perspectivas de las cuales emergió la distinción entre razones reales y motivos expresos de la decisión (como, por ejemplo, la que asume la motivación como fuente de indicios sobre el comportamiento del juez);¹⁴ ahora se trata de considerar las razones de orden general que sostienen dicha distinción, debido a que su consistencia induce a excluir, precisamente, que el significado propio de la motivación esté representado por los factores que en concreto condujeron al juez a formular su decisión.

▪ La motivación como discurso justificativo ▪

a. La motivación como un discurso de significado más extendido

Desde un primer punto de vista, se puede afirmar que el significado de la motivación está representado propiamente por el razonamiento del juez, porque la motivación no expresa solamente el razonamiento mediante el cual el juez llegó a su decisión. Al respecto, es necesario anticipar la distinción, que será profundizada más adelante¹⁵ entre la estructura del razonamiento (heurístico, hipotético, valorativo) que conduce a la elección de la solución más correcta y la estructura del razonamiento que, vista la solución escogida por el juez, tiende a proporcionar una justificación racional. La afirmación de la construcción de la motivación *a posteriori* respecto a la decisión constituye un lugar común, y no exige demostraciones específicas; desde el presente punto de vista, aquella adquiere relevancia en la medida en la que permite negar la homogeneidad, de forma y de contenido, entre el razonamiento del juez y la motivación expresa.

En particular, dicha heterogeneidad puede ser evidenciada en relación con diversos aspectos: ante todo, el razonamiento del juez, que procede también mediante intuiciones, asunción de hipótesis de trabajo, elecciones valorativas inmediatas, puede ser bastante menos articulado de cuanto no deba serlo la motivación, en la cual la intuición debe desplegarse bajo las formas de la argumentación, las hipótesis de trabajo deben ser confirmadas o verificadas y las elecciones de valor deben ser convalidadas racionalmente. Bajo estos perfiles, se tiene no solo una diversa y más compleja estructura lógica, sino también un tratamiento más extenso de los contenidos —fácticos, jurídicos, etc.— frente a los que proporcionaron el material para el razonamiento real del juez. Desde el punto de vista de la estructura lógica, la acentuación de las formas deductivas en la motivación —que presenta diversas intensidades, desde el rígido sistema francés de los *attendus*¹⁶ a las formas más libres de las *opinions* en los ordenamientos de la *common law*,¹⁷ pasando por el amplio campo intermedio de las estructuras parcialmente deductivas en las praxis italiana y alemana, por ejemplo— constituyen en diversa medida, un *quid pluris* respecto a las formas lógicas prevalentes en la actividad intelectual del juez.¹⁸ A ello debe agregarse otra categoría de componentes que, mientras que están presentes con diversa frecuencia en el contexto de la motivación, no figuran —o al menos no figuran de la misma manera— en el

ámbito del razonamiento del juez: se trata de argumentaciones retóricas, que tienen típicamente una función justificativa *a posteriori* en relación con una elección que se asume como ya efectuada, pero no una función heurística en vista de una elección que todavía tiene que realizarse (un papel apreciable en el ámbito del razonamiento con el que el juez investiga y construye la decisión correcta del caso puede ser atribuido no a la argumentación retórica, sino al razonamiento tópico).¹⁹ Finalmente, deben recordarse fenómenos difundidos en la praxis de las motivaciones, como por ejemplo, la frecuencia de los *obiter dicta* y el conjunto de las *rationes decidendi* concurrentes.²⁰

b. La motivación como un discurso de significado
menos extendido

Desde un segundo punto de vista, el significado de la motivación no está propiamente representado por el razonamiento del juez, porque la motivación no expresa todo el *iter* mediante el cual el juez llegó a la decisión. Ante todo, si en el razonamiento del juez se incorpora también el conjunto de las actividades psicológicas que el juez efectúa, resulta evidente que éste en gran medida no entra en los “contenidos” que son expresados a través de la motivación. Debe ponerse en relieve, una vez más, la imposibilidad de concebir a la motivación como una especie de *reportage* de los mecanismos psíquicos del juez en relación con la decisión, ya sea porque éstos no pueden agotarse, en todo caso, dentro de los límites de la motivación, o bien por la incidencia que tienen las actitudes y los condicionamientos inconscientes.

Por otra parte, debe también enfatizarse que, aun cuando no subsistiese la imposibilidad mencionada, se podría negar, en todo caso, la oportunidad de una motivación construida como un informe psicológico: ésta permitiría, en efecto, una “explicación” (en el sentido en el cual el término es usado en las ciencias naturales)²¹ de la decisión, pero no una justificación en sentido jurídico; ello permitiría un mejor conocimiento del juez como individuo, pero anularía cualquier posibilidad de control racional, jurídico y político, del fundamento y de la validez de la decisión.

En segundo lugar, el desfase entre motivación y razonamiento del juez resulta evidente también al poner el acento sobre los componentes más típicamente lógicos y cognoscitivos del razonamiento mismo.

▪ La motivación como discurso justificativo ▪

También en este sentido adquiere fuerza la distinción, antes referida, entre el razonamiento que lleva al juez a formular la decisión y la manera en la que ésta es justificada. La fase más propiamente heurística del razonamiento del juez —que implica la formulación y la adaptación progresiva de las hipótesis de hecho y de derecho que deben verificarse en la decisión, la formulación y el control de las hipótesis de trabajo que deben utilizarse en el plano cognoscitivo, el juicio preventivo de relevancia de los medios de prueba, etc.— no vuelve a emerger sino en una mínima parte en el contexto de la motivación, precisamente ahí en donde, debiendo el juez a partir de los resultados conseguidos para justificar cuánto deben ser atendibles, no subsiste interés alguno por volver a recorrer las varias etapas (frecuentemente contradictorias y en todo caso tales que no constituyen un progreso lineal y unitario), sino que sólo importa hacer referencia a aquellos elementos que sean relevantes con la finalidad de volver aceptable la decisión final. También en este caso lo que importa no es la “explicación” de los sucesos que llevaron al juez a la decisión, sino más bien su justificación, basada en una selección de los factores que entran en la motivación, misma que se funda esencialmente en criterios de eficacia justificativa.

Consideraciones análogas pueden hacerse también en relación con el aspecto más propiamente valorativo del razonamiento del juez: por una parte, en el *iter* que lleva a la decisión pueden plantearse al juez problemas de naturaleza axiológica muy compleja, y en todo caso éstos juegan un papel primario en las tomas de posición del juez frente a la situación concreta, a las normas, y también a los hechos de la causa. Por otra parte, dado que la motivación se mueve a partir del resultado de la valoración que el juez ha formulado en concreto, resulta interesante no la historia de la valoración, sino el proporcionar una justificación válida, que parta de una selección únicamente de los elementos que sean útiles para ese fin.

En esencia, por lo tanto, es evidente que el razonamiento del juez, tal como es concretamente construido para formular la decisión, tiende a ser extremadamente más complejo y articulado, bajo diversos aspectos, de lo que la motivación logra expresar, de manera que resulta incongruente una vez más la concepción de la motivación como “explicación” o como “historiografía” de la decisión.

c. El razonamiento justificativo como significado propio de la motivación

Las conclusiones a las que conducen las breves consideraciones que hemos apenas expuesto, y que convergen sobre la distinción entre el *iter* decisorio, o razones reales de la decisión, y la motivación expresa, encuentran además un fundamento teórico general a la luz de algunos principios semiológicos que indubitadamente son aplicables a la motivación como discurso del juez.

Al respecto debemos referirnos brevemente, sin abordar en este espacio la amplia y compleja problemática que el mismo supone, un punto que tiene que ver, en línea generales, con la definición del significado de las expresiones lingüísticas y que, como tal, puede referirse en el caso particular que nos ocupa también a la entidad lingüística constituida por la motivación. Dicho punto se refiere, por un lado, a la negación del concepto de significado como un objeto real o ideal autónomamente existente por fuera de la esfera lingüístico-semántica.²² Por otro lado, el mismo pone en evidencia la distinción entre “significado interno” del signo lingüístico, y “correlato empírico externo” del signo mismo. Las razones del rechazo a apoyarse en “entidades existentes” son, en primer lugar, filosóficas,²³ pero también derivan de la profundización de los problemas semánticos que han llevado a plantear la distinción mencionada. Ésta ha sido enunciada en diversos contextos y con diversas finalidades, pero podemos extraer una definición general que podemos emplear bajo el perfil que aquí nos interesa: dada una entidad lingüística asumida en su función de significante, la distinción se plantea entre el objeto al cual se refiere dicha entidad (el concepto o la cosa de que se habla), y lo que ella expresa o comunica en torno a dicho objeto (lo que se dice respecto a aquello de lo que se habla). El primer término es el correlato externo (el referente, el *denotatum*, el *Bedeutung*, según la terminología de los diversos estudiosos) del signo, el segundo es el “significado interno” (referencia, *designatum*, *Sinn*)²⁴ del mismo signo y, desde el punto de vista estrictamente lingüístico, constituye su “significado propio”.²⁵ Dejando de lado un análisis más profundo de dichas nociones, es menester examinar de qué manera el cuadro de conceptos constituido por éstas opera para resolver el problema de si la motivación, asumida como discurso significante, tenga como significado el razonamiento que ha llevado al juez a la decisión. En

▪ La motivación como discurso justificativo ▪

esencia, se trata de establecer si la motivación *a)* designa, o *b)* denota el razonamiento del juez.

En relación con la primera de esas dos cuestiones, la respuesta es evidentemente negativa, por diversas razones. Ante todo, dado que, como hemos aclarado antes, la estructura funcional del discurso y del contexto en el cual éste se plantea determina directamente el significado (es decir el *designatum*), y puesto que el carácter dominante de la motivación está dado por la función justificativa que ésta juega en el ámbito de la sentencia, debe excluirse que la motivación exprese el razonamiento del juez, que, considerado en sí mismo, no tiene un carácter justificativo sino heurístico, valorativo y deliberativo. En segundo lugar, las divergencias que se han señalado antes (bajo el perfil de la naturaleza lógica y de la extensión) entre el campo de los contenidos que la motivación idóneamente expresa, también en relación con su función, y el conjunto de actividades intelectuales que comúnmente se incorporan en el razonamiento del juez, inducen a excluir en línea de máxima la idoneidad de la motivación para designar dicho razonamiento. Ello equivale a preguntarse si el razonamiento del juez, que no constituye el “*designatum*” de la motivación, constituye, al contrario, el “*denotatum*”. También sobre este punto, no obstante, la respuesta no puede no ser negativa, esencialmente porque la exigencia de justificación a la cual responde la motivación no permite entenderla como “discurso en torno al modo en el cual el juez ha formulado la decisión”, sino más bien como “discurso en torno a las razones con base en las cuales el juez presenta la decisión como aceptable”. Vuelve a emerger aquí, por enésima vez, la distinción entre explicación (discurso que describe las razones reales de un fenómeno) y justificación (discurso que presenta las razones por las cuales un fenómeno debe ser asumido favorablemente), que también bajo el presente punto de vista parece irreducible. Dicha explicación excluye el poder considerar al razonamiento del juez (entendido como el conjunto de los actos y de los condicionamientos que dan pie a la decisión) como el objeto al cual se refieren los contenidos expresados por la motivación.

Dejando de lado entonces las definiciones negativas, podríamos preguntarnos en qué modo pueden definirse el *designatum* y el *denotatum* de la motivación como signo en sentido propio, sin contradecir la función justificativa que ésta juega en el contexto de la sentencia. El *designatum* (entendido como significado interno), está integrado por el conjunto orgánico de los significados propios de las proposiciones que componen el

discurso, mediante las cuales el juez expresa los argumentos destinados a justificar, es decir, a volver racionalmente válida, legítima y aceptable la decisión. El *designatum* es pues el conjunto de argumentaciones con base en las cuales el juez presenta la decisión como algo fundado. El *denotatum* (entendido como el objeto del cual se habla, y al cual son referidos los significados expresos) se compone por las razones que el juez consideró idóneas y relevantes como fundamento racional de la decisión. El *denotatum* es pues el razonamiento justificativo que el juez plantea como sostén de la decisión. Con esta conclusión no contrasta la eventualidad de que el juez inserte en la motivación una o más fases de lo que en realidad ha sido el *iter* lógico y psicológico del cual resultó la decisión. Sin embargo, debe subrayarse el que, en la medida en la que una parte del razonamiento de la decisión sea reproducida en la motivación, ésta asume la naturaleza de “argumento” o “motivo” coherente con el contexto general que está orientado en una función justificativa, y no conserva la que originariamente tenía como explicación descriptiva.

3. LÓGICA DEL JUICIO Y DE LA MOTIVACIÓN

La continuación natural de las consideraciones desarrolladas en los párrafos precedentes debería ser el análisis de las relaciones que median entre el juicio (entendido como procedimiento de formación de la decisión) y la motivación. Antes de proceder en ese sentido, sin embargo, el saber que uno de los objetivos de la investigación toca el tema del carácter lógico de la motivación, e indirectamente también el de la lógica o racionalidad del juicio, impone el enfrentar un tema cuya falta de clarificación generalmente ha tenido el efecto de provocar la confusión de la mayor parte de las reflexiones que se han hecho en torno al tema del juicio y de la motivación. En términos muy generales, se trata de precisar cuál es o puede ser el papel que tiene la lógica en el razonamiento jurídico, en la medida en la que ello es importante para poder establecer cuál es el papel de la lógica en el razonamiento del juez y en la motivación.

Ante todo, el partir de una definición rigurosa de la lógica como ciencia (o técnica) del razonamiento (sea deductivo o no deductivo)²⁶ permite precisar el exacto significado de expresiones como “lógica del juicio” y otras análogas, y de limpiar el campo de otras nociones que no parecen

▪ La motivación como discurso justificativo ▪

tener un contenido utilizable. Sirvan como ejemplo nociones de uso corriente, como la de “lógica del derecho”: si aquí por “lógica” se entiende ciencia del razonamiento, resulta evidente que se trata de una noción inutilizable; si viceversa, se entiende “lógica” como aplicación de reglas o instrumentos lógicos (en una acepción no rigurosa pero aceptable del término),²⁷ las expresiones en cuestión parecen readquirir significado, pero resultan ambiguas en la medida en la que no se define la acepción específica del término “derecho”.²⁸

En realidad, el uso del término “lógica” por parte de los juristas se presenta regularmente desvinculado de todo intento de definición de aquello que el término en sí puede significar;²⁹ sin embargo, si se quiere evitar recluir en el limbo del sinsentido a todas, o casi a todas, las reflexiones sobre el tema, conviene intentar poner en evidencia algunos de los usos más frecuentes, si no para otra cosa, al menos para aclarar el campo de conceptos en los cuales se mueve la reflexión en torno al carácter lógico de la motivación.

Un primer grupo de modalidades de uso del término en análisis, que tiene que ver en particular con la expresión “lógica del derecho”, tiene un significado equivalente al del “racionalidad del conjunto de las normas”,³⁰ ya sea que, en un sentido jusnaturalista, se entienda la racionalidad como un dato intrínseco del ordenamiento positivo,³¹ ya sea que, en sentido juspositivista, se entienda el ordenamiento como algo que racionalizarse mediante operaciones conceptuales constructivas adecuadas por parte del intérprete.³² Ambas acepciones quedan, sin embargo, fuera del ámbito que interesa directamente a los problemas de la motivación, a pesar de que las respectivas actitudes metodológicas hayan influido fuertemente en la concepción del juicio.³³

El segundo grupo de significados del término “lógica” en el campo del derecho se refiere al modo en el cual el derecho es estudiado o interpretado bajo dos distintos perfiles. El primero tiene que ver con los enfoques que analizan a la norma como concepto general o al conjunto de normas, que se apoyan en el uso de instrumentos proporcionados por la lógica,³⁴ especialmente por la lógica proposicional y modal³⁵ y de la axiomática.³⁶ En ese sentido, la expresión “lógica jurídica” indica los métodos lógicos de estudio de la normas o de las normas.³⁷

Bajo el segundo perfil, por lógica jurídica se entiende el *corpus* de los instrumentos lógicos (o, más genéricamente, conceptuales) que se consi-

dera sean utilizados por el intérprete para analizar a la norma en lo individual con la finalidad de aplicarla al caso concreto, o, en todo caso, con la finalidad de explicar su significado: en este sentido, “lógica jurídica” significa “lógica del jurista”,³⁸ o bien, lógica de la interpretación de la norma.³⁹ Es algo intuitivo que también aquello a lo que dichas nociones se refieren, y en particular la lógica jurídica entendida como lógica del jurista, tiene una relevancia esencial sobre el modo de configurar al juicio. Sin embargo, aquí nos interesa poner en evidencia las variaciones existentes en el papel que los juristas le atribuyen a la lógica para evitar ulteriores confusiones terminológicas y conceptuales.⁴⁰ En la esfera de la lógica del jurista, es decir, del razonamiento jurídico, el sector por mucho más relevante es el que se ocupa del razonamiento del juez. Éste comprende más propiamente un conjunto específico de modos en los que se usa el término “lógica” en el campo del derecho, dado que, en efecto, por “lógica del juez” se entiende, en ocasiones, una manifestación particular de la lógica del razonamiento jurídico,⁴¹ en otras, el carácter de racionalidad que se considera indispensable en la actividad del órgano jurisdiccional,⁴² o bien el silogismo judicial, o en general la lógica deductiva aplicada a la norma, y así sucesivamente. Esta breve ejemplificación basta para hacer comprender cómo también en el limitado sector que ahora estamos examinando se reproducen las mismas incertidumbres que se han señalado a propósito del uso del término “lógica” en el derecho.

Al respecto, no es necesario examinar individualmente las diversas opiniones relativas al papel y a la función de la lógica en el ámbito del razonamiento del juez;⁴³ vale más bien la pena indicar, en líneas generales, los términos en los cuales se ha planteado la controversia en torno a la naturaleza lógica de dicho razonamiento.

a. Logicismo y antilogicismo en las concepciones del juicio

Ante todo debe considerarse la concepción de la actividad del juez que es típica del positivismo jurídico clásico,⁴⁴ en la cual es evidenciado de manera particular el aspecto de dicha actividad que consiste en el uso de categorías lógicas, al grado de ver en ello el carácter esencial y prevalente del razonamiento del juez.

En los sistemas de *common law*, en donde el problema esencial era el de explicar la individuación de la *ratio decidendi* con base en los precedentes,

los presupuestos de la racionalidad del ordenamiento y de la función declarativa del órgano jurisdiccional⁴⁵ abrieron la vía a la construcción de un modelo que consistía, esencialmente, en la combinación de un momento inductivo y de un momento deductivo, el primero de los cuales tenía que ver con la formulación de una norma general con base en los casos particulares preexistentes,⁴⁶ y el segundo con la aplicación de la norma que había sido individualizada de esa manera al caso concreto.⁴⁷

En los sistemas continentales, caracterizados por la presencia de las codificaciones, la concepción sistemática y conceptualista del ordenamiento produjo a su vez un modelo lógico del razonamiento del juez: dado que el principio ordenador del sistema era visto desde una perspectiva deductiva, y dado que la decisión era considerada como una mera consecuencia lógica del sistema, dicho modelo fue inevitablemente el de la deducción de la solución válida para el caso concreto, a partir de una norma general y abstracta colocada en el sistema. A pesar de las nacientes distinciones producidas por las diversas estructuras de los ordenamientos, además de por las diversas matrices históricas y culturales, la tendencia general del positivismo fue, en todo caso, la de la esquematización de la actividad del juez en modelos lógicos, de manera coherente tanto con la dominante concepción racionalizadora del ordenamiento, como con los filones de pensamiento prevalecientes en el ambiente cultural y filosófico de la época.⁴⁸

Reconstruir la historia de la supervivencia de tales actitudes más allá del modelo histórico que las había generado, hasta nuestros días, significaría revisar la historia de la entera cultura jurídica, por no decir de la ideología del derecho;⁴⁹ sin embargo, la constatación de que el modelo lógico del razonamiento del juez que nació del positivismo clásico perdura, particularmente en los países de derecho codificado, como una especie general, aun cuando se relajaron sus vínculos con las relativas premisas científicas y metodológicas, todavía vuelve actual su discusión.

Contra el “logicismo” positivista se plantean las varias doctrinas antilogicistas, que nacieron en parte del rechazo a las premisas generales del positivismo, y en parte de un análisis de dicha actividad a partir de actitudes metodológicas e ideológicas diversas. Una característica común de estas actitudes, aunque se diferencien profundamente bajo otros varios aspectos, es la del rechazo de las configuraciones lógicas de la actividad del juez, y de la exaltación de sus componentes “creativos”. Por otra parte, bajo el perfil que nos interesa para nuestra exposición, el elemento

más relevante de estas corrientes es el antilogicismo, que en muchos casos es solidario con una concepción irracionalista del juicio.⁵⁰ En la doctrina de los países de la *common law*, y en particular en los Estados Unidos de América, el ataque al logicismo formalista fue encabezado por los exponentes de la *sociological jurisprudence*, y la famosa afirmación de Holmes, en el sentido de que “the life of the law has not been logic, it has been experience”⁵¹ fue asumida —con una acentuación llevada mucho más allá de los límites dentro de los cuales el mismo Holmes se había expresado—⁵² como el eslogan de una posición antilogicista que tuvo sus manifestaciones más agresivas en las tesis de algunos exponentes del realismo jurídico, y especialmente en las posiciones abiertamente irracionalistas asumidas por Jerome Frank. Por otra parte, tal posición está fundada sobre una serie de malentendidos que tienen que ver con temas de carácter general. Ante todo, la jurisprudencia de la *common law*, ya sea inglesa o norteamericana, siempre ha manifestado una actitud marcadamente creativa, sin cristalizarse en estructuras lógicas a pesar de que éstas hayan sido usadas exteriormente,⁵³ de manera tal que el conservadurismo ampliamente difundido de la misma, contra el cual se enfocaban particularmente las polémicas de los realistas, no debe ser achacado a la lógica, sino a razones de carácter sociopolítico. En segundo lugar, los ataques dirigidos en contra de la lógica del derecho golpean no tanto la aplicación de instrumentos lógicos, como a determinadas formas de uso equivocado de la lógica por parte de los jueces y de los juristas.⁵⁴ Finalmente, la negación de la lógica fundada en su pretendida antítesis con la experiencia nace de una visión estática y reduccionista de la lógica.⁵⁵ En esencia, por lo tanto, la posición en comento termina por conducir a consecuencias muy discutibles exigencias que sin duda están fundadas, como la de poner en evidencia el elemento de elección presente en la decisión y de analizar la actividad del juez sin recurrir a esquemas lógicos mecánicamente congénitos, que han encontrado en la misma doctrina de la *common law* los intentos más atendibles de clarificación.⁵⁶

En la doctrina de los ordenamientos de la *civil law* la configuración rigidamente lógica del juicio, que era solidaria con su surgimiento contextual con el racionalismo jusnaturalista, mantiene, como se ha visto, una estrecha relación de solidaridad también con la concepción lógico sistemática del ordenamiento. La existencia de dicha relación vuelve relevantes también para la concepción del juicio, los cambios que a un cierto punto intervienen

en la teoría del ordenamiento y de la interpretación. Por otra parte, en Europa continental el problema del juicio no constituye el eje de la *Methodenstreit* en la que son puestos en crisis los dogmas positivistas, y es, más bien, una especie de apéndice frecuentemente descuidada,⁵⁷ cuya configuración cambia en la medida en la que repercuten sobre ella las mutaciones de posición que ocurren en torno a la concepción del ordenamiento y de la interpretación.⁵⁸ En realidad, el punto que atacan las doctrinas antipositivistas y antiformalistas, desde la *Interessenjurisprudenz* la escuela del derecho libre, pasando por la *Wertungsjurisprudenz*, por no hablar de la oposición a la escuela de la exégesis que en Francia es encabezada por Gény, es esencialmente el problema de la interpretación y de la aplicación de la norma, enfrentado no tanto desde el punto de vista del análisis de la actividad realizada por el juez, sino más bien desde el de la naturaleza de la norma y de los cánones y de las técnicas interpretativas, además de aquél, aún más general, de las relaciones entre norma e intereses o valores de la sociedad.

En Italia, como es sabido, la posición que se remonta al positivismo decimonónico se mantuvo de manera prevaleciente hasta una época muy reciente, y sólo hasta la segunda posguerra se verificó la que se llamó la “revuelta en contra del formalismo”;⁵⁹ la distancia temporal entre los dos fenómenos no ha impedido, sin embargo, el cambio de criterio que se verificó en Italia de hacer reemerger sustancialmente, aunque fuera en tiempos y de manera más limitada, los mismos presupuestos de los que había partido la *Methodenstreit* alemana.⁶⁰ Por otra parte, a pesar de las autorizadas invitaciones para “regresar al juicio”⁶¹ no parece que dicho “regreso” se haya verificado efectivamente, de modo que el resultado de todo ello parece haberse limitado a tomas de posición, más o menos difundidas y motivadas, en contra del “prejuicio logicista”⁶² en la concepción del razonamiento del juez.

b. Sobre los sofismas del logicismo y del antilogicismo

En realidad, una vez que se ha tenido conocimiento de las tendencias “antilogicistas”, no se puede decir que el problema de la “lógica del juez” sea consecuentemente aclarado de manera relevante; alguna indicación útil puede, sin embargo, obtenerse de tendencias recientes, que afrontan el tema del papel que hoy puede serle atribuido a la lógica del razonamiento del juez.

Lo que ante todo se señala es la necesidad de desdramatizar el problema⁶³ y de evitar interpretaciones equivocadas que son muy difundidas. La primera y la más grave de éstas es la tendencia a plantear el problema de la naturaleza del juicio entre dos tesis alternativas radicales, que en realidad son dos sofismas. El sofisma “logicista” es intrínseco de la postura que sostiene que toda la actividad del juez se agota en operar con base en un esquema fijo y generalmente válido, de tipo lógico-formal, consistente en un sistema de reglas lógicas deductivas. Dicha posición extrema es, en realidad, mucho menos difundida de lo que comúnmente se cree: habiéndose producido el ocaso del positivismo dogmático “ingenuo”, quien hoy sostenga la racionalidad o la razonabilidad del razonamiento del juez, se da cuenta claramente, por un lado, de la concepción superficial o aberrante de la lógica que estaba implícita en tal posición,⁶⁴ y, por otro lado, de los límites que la estructura lógica de la actividad del juez encuentra frente a las fases de dicha actividad que tienen un evidente carácter creativo y valorativo. Esa conciencia crítica acentuada de los defensores de concepciones racionalistas del juicio no es tomada en cuenta por quien cae en el segundo y opuesto sofisma, que puede llamarse “irracionalista”. Éste es el resultado de la combinación de dos argumentos: el primero consiste en considerar que toda concepción racionalista implica necesariamente al que se ha llamado sofisma logicista; el segundo parte de la indiscutible constatación de que existen momentos de la actividad del juez que no están dominados por una lógica formal indubitable, para concluir que, por lo tanto, la lógica es, en el razonamiento del juez, inútil y desorientadora.⁶⁵

En realidad, contra una posición de este tipo las objeciones son muchas y radicales. Para no hacer referencia más que a las objeciones principales, puede señalarse ante todo que, si bien es correcto refutar el sofisma logicista (como por otra parte han hecho los racionalistas modernos), no tiene sentido oponerle al mismo otro sofisma de sentido contrario, sin descuidar el hecho de que frecuentemente decir que la actividad del juez es intuitiva significa reconocer la incapacidad para analizarla.⁶⁶ En segundo lugar, el ponerse a criticar no a las doctrinas lógicas del juicio, sino el sofisma logicista, implica la elección de un objetivo falso y cómodo: falso porque no es cierto que dichas doctrinas caigan frecuentemente en el sofisma mencionado; cómodo porque es más fácil proponer una concepción irracional sin tomar en consideración a las doctrinas racionalistas

▪ La motivación como discurso justificativo ▪

más dignas de ser tomadas en cuenta. En esencia, en su parte crítica, el sofisma irracionalista falla en la medida en la que parte de una imagen de la lógica que no puede ser atendible para excluir totalmente su posible aplicación al razonamiento del juez. Debe además observarse en particular que ese carácter de no atendible se desprende del hecho de tomar en cuenta sólo ciertos tipos o sectores de la lógica (específicamente los de la lógica formal, deductiva y reflexiva).⁶⁷

c. El rol de la lógica en el razonamiento del juez

El rechazo contextual de los dos sofismas apenas descritos se presenta entonces como un presupuesto inderogable para limpiar la mesa de planteamientos deformados y deformadores del problema, y para definir una correcta perspectiva de individuación del papel que la lógica tiene, o puede tener, en el ámbito del razonamiento del juez. Se trata, evidentemente, del un tema que requeriría un amplio estudio *ad hoc*, y que aquí no puede ser abordado adecuadamente; sin embargo, resulta útil delinear al menos sintéticamente las características generales de dicha perspectiva, si no por otra razón, porque en ella se inscribe el presente análisis, y para evitar apesadumbrar la exposición futura con frecuentes referencias a este tipo de problemas.

Es necesario aclarar, ante todo, algunos puntos en torno a la naturaleza y a los límites de la “lógica del juez”. En primer lugar, debe superarse la difundida concepción reductora, según la cual la lógica sería exclusivamente la lógica formal deductiva o, incluso, la silogística escolástico-aristotélica. En este trabajo resulta superfluo recordar que la misma lógica antigua conoció otras formas, desde la lógica estoica a la dialéctica aristotélica,⁶⁸ o que en la lógica medieval tuvo una amplia difusión la lógica argumentativa o de la controversia.⁶⁹ Para limitar la exposición a aquellas formas de la lógica moderna que en una primera aproximación parecen ser utilizables en el campo del análisis que estamos desarrollando, es suficiente recordar el sector de la lógica inductiva.⁷⁰ A éste pueden agregársele además de manera útil además de la lógica alética o deóntica y, en general, de las formas lógicas del juicio ético,⁷¹ sectores como el de la dialéctica,⁷² o bien de la metodología heurístico-hipotética.⁷³ Por otra parte, sigue siendo esencial la distinción de fondo entre la lógica de la deliberación y de la justificación y la lógica de la conclusión y de la demostración.⁷⁴

La simple enumeración de estos sectores de la lógica es suficiente para demostrar que cualquier discurso fundado en la ecuación: lógica = silogismo, parte de premisas falsas. Por otra parte, queda claro que la referencia a la posible utilización de instrumentos lógicos diferentes no sólo no brinda una solución inmediata al problema, sino que, por el contrario, abre una serie de cuestiones extremadamente complejas, que hasta ahora no han tenido más que algunos intentos parciales de solución.

Es necesario subrayar además el carácter, frecuentemente no considerado de manera adecuada, instrumental de las formas lógicas, y debe rechazarse la tendencia difundida de considerar la estructura de las formas lógicas como íntimamente vinculada y determinada por los contenidos a los que éstas son aplicadas.⁷⁵ La consecuencia inmediata de ello, es que una estructura lógica no es una característica intrínseca del objeto, sino sólo un instrumento que es utilizado por quien estudia a ese objeto, de manera que el carácter instrumental de la lógica implica la función heurística que estructura a la lógica en relación con el objeto. El hecho de que las formas lógicas no sean más que instrumentos conlleva consecuencias ulteriores: la primera es que el usuario de la lógica puede escoger el instrumento más adecuado para las exigencias propia y del objeto estudiado; la segunda es que el uso de las formas lógicas es elástico, no necesitado y no determinado; la tercera es que el uso de una forma lógica no le agrega nada al objeto al cual es aplicada, sino que sirve solamente para hacer que de éste emerja una cierta estructura racional. Existen además límites dentro de los cuales la lógica puede ser utilizada válidamente, que valen también para el juez.⁷⁶ Éstos, por otra parte, no tienen que ver con la naturaleza del razonamiento del juez, sino que se refieren al uso que el juez hace de los instrumentos lógicos en las diversas fases de su actividad (independientemente de su naturaleza intrínseca) y se articulan esencialmente en tres direcciones. La primera tiene que ver con la elección de las formas lógicas más adecuadas, dependiendo del material conceptual en el cual son aplicadas: sería, por ejemplo, incongruente el uso de inferencias deductivas si no se disponen de premisas generales,⁷⁷ o el uso de la lógica demostrativa en un procedimiento heurístico, o la aplicación de estructuras formalizadas a datos no formalizados,⁷⁸ y así sucesivamente. La segunda tiene que ver más específicamente con la necesidad de evitar los abusos frecuentes en el uso de los instrumentos lógicos, como, por ejemplo, la transformación de una inferen-

cia probable en un inferencia cierta mediante la aplicación incongruente de una forma deductiva, la transformación de un juicio de valor en un juicio de hecho mediante la aplicación incongruente de la lógica de las aserciones descriptivas,⁷⁹ la presentación en forma lógica de la decisión de manera que se la presenta como la única posible y necesaria, dejando de lado las posibles alternativas; y así sucesivamente. La tercera dirección tiene que ver con el hecho de que el uso de formas lógicas no agrega nada al objeto al cual éstas son aplicadas, de modo que comete un abuso quien pretende conseguir nuevos conocimientos o hacer valoraciones específicas sólo a través de la lógica.⁸⁰ En particular, la lógica de la inferencia no modifica el *status* de verdad o falsedad de la premisas, ni funda, de por sí, la verdad o falsedad de las conclusiones, y ni siquiera es capaz de deducir conclusiones axiológicas de premisas de hecho⁸¹ y conclusiones de hecho de premisas de valor.

Si el problema de la lógica del juez se considera tomando en cuenta el panorama apenas delineado, resulta un escenario en el cual, mientras que es claramente inatendible la pretensión de agotar en la lógica todo el razonamiento del juez (pretensión que conlleva una indebida sobrevaloración de la lógica), es igualmente inatendible la pretensión de negar que en dicho razonamiento la lógica tenga alguna función (pretensión que integra una indebida subvaloración reduccionista de la lógica); lo que en cambio emerge, es la disponibilidad para el juez, de un conjunto heterogéneo de instrumentos que, si son utilizados adecuadamente, se revelan esenciales tanto en la búsqueda de la decisión correcta, como en el control racional de sus premisas y en la racionalización del procedimiento de pensamiento, sea el que fuere, que funda a la misma decisión.⁸²

d. La distinción entre lógica del juicio y lógica de la motivación

Otra precisión esencial en torno al uso de parte del juez de los instrumentos lógicos, resulta de la distinción entre razonamiento decisorio y razonamiento justificativo. Dicha distinción ya ha sido anticipada y será profundizada más adelante, con la finalidad de evidenciar su relevancia para efectos del modo en el cual se configura la motivación. Aquí nos interesa, por el contrario, subrayar que es erróneo e incompleto todo análisis de la “lógica” del juez que no tome en cuenta que dicha lógica es

diferente dependiendo de si tiene que ver con el modo en el que el juez llega a la decisión o la manera en la cual el juez justifica la decisión a la que ha llegado.⁸³ Evidentemente, el hecho de que el juez pueda utilizar instrumentos lógicos en el ámbito de ambos procedimientos no implica ni su identidad, ni una correspondencia de los respectivos momentos “logicizados” (en el sentido de que el juez usa la lógica para motivar esos puntos en los que la decisión fue alcanzada mediante la lógica). En realidad son posibles diversos procedimientos de justificación, cada uno de los cuales puede ser más o menos “lógico”, pero sin que ello dependa del vínculo con un *pendant* simétrico suyo; se ha justamente enfatizado⁸⁴ que cada conjunción de un procedimiento de descubrimiento con un procedimiento de justificación da origen a una relación asimétrica, en el sentido de que las características del primero no determinan las del segundo, ni se verifica lo contrario. Los nexos que subsisten entre los dos procedimientos, en el sentido de que la previsión de tener que motivar la decisión puede inducir al juez a acentuar la racionalización del proceso decisorio, mientras que el modo en el cual éste ha sido planteado puede influenciar la manera en la que es elaborada la justificación, son nexos de mero hecho que pueden influir en la intensidad con la que el juez recurre a la lógica, o sobre la elección de éste o aquel instrumento lógico, pero no determinan, de ninguna manera, una identidad o correspondencia estructural de los dos procedimientos.

La expresión “lógica del juez” resulta, por lo tanto, doblemente desviadora: por un lado porque sugiere la imagen de un *corpus* lógico autónomo, unitario y determinado, que es prerrogativa del juez; por otro lado, porque sugiere la imagen de un único procedimiento en el cual el juez recurre a la lógica, mientras que se trata en realidad de dos procedimientos, distinguidos entre ellos por función, objeto y estructura. La lógica del juez se bifurca, por lo tanto, en la lógica del juicio y en la lógica de la motivación, que deben ser examinadas separadamente, aun cuando sean tomados en cuenta los nexos, por otra parte no lógicos, que existen entre ambas.

e. Lógica y valorabilidad del razonamiento del juez

En el contraste entre las doctrinas logicistas y antilogicistas del juicio, la adquisición más importante es la siempre más clara asunción del papel decisivo que juega, en el ámbito del razonamiento decisorio, la

actividad valorativa del juez. Se trata de una asunción que hoy en día pueda parecer un tanto banal, pero que en realidad no lo es por diversas razones. La primera es que cuando se presenta el momento valorativo, al nivel de teoría del juicio, a través de la crisis de las doctrinas estrictamente logicistas, no ha sido ni fácil ni rápida; por el contrario, se ha presentado a través de un largo proceso doctrinal en el plano de la teoría general del derecho y de la interpretación,⁸⁵ bajo el empuje de la experiencia político-jurídica y en virtud de un modo más desprejuiciado de considerar la actividad del juez.

La segunda razón por la cual el punto en cuestión no puede considerarse banal es que estamos todavía muy lejos de haber aclarado de manera satisfactoria las características, los modos y las consecuencias de la actividad valorativa del juez. En efecto, cuando se usan palabras clave, como “creatividad del juez” o “misterio del juicio” el problema no avanza ni un paso hacia una posible solución, e incluso el uso exorcizante de fórmulas de este tipo esconde muy frecuentemente el vacío en una situación paradójica en la cual la conciencia viva del problema de los valores en el razonamiento del juez está acompañado de la carencia de instrumentos adecuados para su análisis.⁸⁶

La tercera razón de no banalidad del problema examinado nace, además, de la colocación que el mismo asume respecto de los sofismas lógicos e irracionalistas mencionados antes. Por un lado, la presencia de actividades axiológicas en el razonamiento del juez determina la crisis radical del sofisma logicista, debido a que excluye la visión de dicho razonamiento como concatenación puramente lógico-deductiva. Por otro lado, sin embargo, no se desprende la validez del sofisma irracionalista, si no es mediante dos condiciones claramente inaceptables, es decir, que la actividad del juez sea vista como meramente axiológica, y que se asuma una visión totalmente irracionalista de los valores y de los relativos jueces. Viceversa, plantear el problema de los valores en el razonamiento del juez no implica ni justifica una visión irracionalista del juicio, sea porque éste no se ocupa de la parte no axiológica (es decir, más estrictamente cognoscitiva) de dicho razonamiento, o bien porque no se puede excluir una posible racionalización de los posibles juicios de valor. Es necesario, sin embargo, evitar situar el problema de los juicios de valor en perspectivas estrictamente ontológicas y formalistas en las cuales tanto el racionalismo como el irracionalismo serían igualmente poco relevantes

bajo el perfil que aquí nos interesa; por otra parte, también el preguntarse si esté bien o mal que el juez utilice juicios de valor,⁸⁷ no cambia el dato indiscutible de que el juez de manera concreta necesariamente realiza esos juicios. Entonces, el problema no es tanto el de discutir el concepto de valor considerado en sí mismo,⁸⁸ sino más bien el de establecer cómo y con qué finalidad el juez cumple valoraciones de carácter axiológico, y de plantear instrumentos de control externos adecuados, sean de tipo jurídico que político-social, también en este sector de la actividad del juez.

En dicha perspectiva, evidentemente es relevante la distinción de fondo entre el plano del juicio y el plano de la motivación, varias veces señalada. En el plano del juicio, el problema de los valores se escinde en tres perfiles principales:

- a) La elección del valor como criterio-guía de la valoración;
- b) La valoración como formulación del juicio con base en el valor elegido como criterio-guía;
- c) La colocación del juicio de valor en el conjunto del razonamiento decisorio. Cada uno de estos perfiles hace surgir perspectivas diversas y relativamente autónomas, en las cuales puede plantearse la cuestión de la racionalidad de la actividad del juez.

En el plano de la motivación, por el contrario, el problema que debe resolverse no es el de la racionalidad del juicio de valor, sino el de su justificación, y puede escindirse, a su vez, en tres subproblemas:

- a) Justificación de la elección del valor-guía;
- b) Justificación del juicio de valor;
- c) Justificación de las consecuencias que el juez deduce del juicio de valor para efectos de la decisión.

Cada uno de estos perfiles representa un problema de lógica de la justificación, en la medida en la que sobre cada uno de ellos existe el interés de plantear una forma de control externo, y hace emerger problemas distintos en relación con la determinación de las formas lógicas que pueden ser utilizadas por el juez dependiendo de las diversas exigencias de justificación.

También sobre el problema específico de los juicios de valor, por lo tanto, la “lógica del juez” se bifurca necesariamente en lógica del juicio, que significa racionalidad de la elección valorativa, y lógica de la motivación, es decir, la justificación de dicha elección. Entre estas dos “lógicas”, tal como ocurre en un plano más general, no existe ninguna relación

▪ **La motivación como discurso justificativo** ▪

de necesaria correspondencia, sino un vínculo asimétrico. Es imposible, en efecto, reducir a una estructura unitaria la elección de valor y su justificación, ya sea porque no necesariamente un juicio de valor formulado mediante cánones racionales está acompañado de una justificación lógica, o bien porque no necesariamente la presencia de una justificación lógicamente correcta presupone la formulación de un juicio de valor según los cánones racionales.

NOTAS

¹ En relación con las características generales de dicho concepto, véase *supra*, cap. I, § 4, b).

² Cfr. cap. I, § 3.

³ Para un análisis riguroso de las modalidades para determinar el significado en función del contexto del discurso cfr. GREIMAS, *Semantica strutturale*, trad. it., Milán, 1968, pp. 136 y ss., 143 y ss., 158 y ss.

⁴ Sobre el tema cfr. URBAN, *Language and Reality*, London, 1951, p. 232; SCHAFF, *Introduzione alla semantica*, trad. it., 2ª ed., Roma, 1969, pp. 124, 258 y 281. Sobre la noción del contexto como situación sígnica cfr. OGDEN-RICHARDS, *op. cit.*, pp. 83 y ss.

⁵ Las principales manifestaciones de este tipo de instrumentalidad son dos: la primera, típica pero no exclusiva de los sistemas de *civil law*, se refiere al uso de la motivación para la interpretación del *decisum* (cfr. DENTI, *L'interpretazione della sentenza civile*, Pavia, 1946, pp. 43 y ss.); la segunda, típica pero no exclusiva de los sistemas de *common law*, se refiere al uso de la motivación para la determinación de la *ratio decidendi* como principio vinculante según el *stare decisis*. Se trata, sin embargo, de modalidades que no enfrentan directamente el problema del significado de la motivación, y que, incluso lo presuponen como resuelto.

⁶ La relevancia del elemento funcional que le es intrínseco a la motivación discrimina entre los posibles modos de lectura, en el sentido que excluye de la interpretación de la motivación como signo en sentido propio los que descuidan o dejan en la sombra a dicha función. En particular, dicho criterio de exclusión golpea: a) al uso de la motivación como fuente de indicios (sobre lo cual véase *supra*, cap. II, § 2); b) el uso de la motivación como criterio que determina la decisión (en relación con lo cual véase *supra*, n. 5); c) la concepción de la motivación como recuento o descripción del *iter* decisorio (al respecto véase *infra* en este mismo cap., § 2).

⁷ Cfr. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. it. de G. A. Conte, Turín, 1964, prop. 4.466: "A un determinado nexo lógico de signos corresponde un determinado nexo lógico de sus significados". En relación con los influjos de la estructura lógica de la inferencia sobre el significado de las proposiciones que ella comprende, son válidos los siguientes ejemplos: a) el carácter tautológico que se reconoce a la deducción pura implica que la conclusión deductiva no puede tener un significado diferente o más amplio de la premisa mayor (respecto al perfil semántico de la deducción tautológica cfr. WEINBERG, *Introduzione al positivismo logico*, trad. it. rist., Turín, 1967, pp. 100 y ss.); b) en la inferencia inductiva generalizadora, en la cual una serie de premisas particulares funda una conclusión general, el área semántica de esta última es más amplia de las premisas y de su suma, dado que, una vez formulada la inferencia, las premisas se convierten en casos particulares de la conclusión; c) en la inferencia entre proposiciones particulares (que corresponde al esquema de la *praesumptio hominis*, respecto al cual véase TARUFFO, "Certezza e probabilità nelle presunzioni", in *Foro Italiano*, 1974, V, pp. 83 y ss.), el paso de una proposición a la otra integra el respectivo significado (de la premisa en cuanto funda a la conclusión, de la conclusión en cuanto está vinculada a la premisa: en la presunción, hecho notorio y hecho ignoto no son entidades semánticas independientes): cuando además ello ocurre mediante una máxima de experiencia, es ésta la que integra ulteriormente el significado de las proposiciones particulares. Sobre los modelos lógicos

de los tipos de inferencia ahora mencionados, véase TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padua, 1970, pp. 192 y ss., 221 y ss., 231 y ss.; sobre la tipología de las relaciones entre campos (incluso) semánticos de proposiciones, y sobre las consecuencias relativas a la estructura lógica de la inferencia, *cfr.* WEINBERG, *op. cit.*, prop. 4.436 y ss.; WAISMANN, *I principi della filosofia linguistica*, trad. it., Roma, 1969, pp. 374 y ss.; sobre la semántica lógica *cfr.* por último las indicaciones de SCARPELLI, “Semántica giuridica”, en *Novísimo Digesto Italiano*, XVI, Turín, 1969, pp. 6 y ss.

⁸ Véase *infra*, cap. IV, § 2 y cap. V, § 3.

⁹ Las eventualidades mencionadas en el texto ponen en evidencia cómo en el ámbito de la motivación (y análogamente al interior de cualquier discurso no formalizado), la distinción entre el elemento lógico y el elemento retórico-argumentativo, indispensable bajo el plano teórico, no se reproduce rigurosamente en la realidad concreta del discurso. De ello se desprende, por otra parte, la necesidad de admitir la coexistencia de un contexto lógico y de un contexto retórico dentro de la motivación (al respecto, véase más ampliamente *infra*, cap. IV, §§ 2 y 3; cap. V, §§ 1 y 3), que pueden estar parcialmente superpuestos o ser del todo autónomos. En la hipótesis de autonomía de los dos contextos, el significado de la proposición en lo individual está determinado por el contexto en el cual ésta, de hecho, se encuentra: en la hipótesis de superposición, ello depende de ambos, y en todo caso, del contexto que el intérprete privilegia dentro del particular sentido de lectura de la motivación que es adoptado en cada ocasión.

¹⁰ Al respecto, véase de manera más amplia *infra*, cap. IV, §§ 2 y 3; cap. V, § 3.

¹¹ De acuerdo con una metáfora, los argumentos retóricos tienden a disponerse no como los anillos de una cadena (lo que en cambio es típico del argumento demostrativo), sino como las patas de una silla (*cfr.* WISDOM, “Gods”, en *id.*, *Philosophy and Psychoanalysis*, 1953, p. 149 y ss.; STONE, *Legal System and Lawyers Reasoning*, Stanford, California, 1964, p. 327): se trata, de varias líneas argumentativas convergentes hacia la justificación de una misma conclusión. En este esquema se explican los fenómenos semánticos mencionados en el texto que dependen en parte de las características peculiares del discurso retórico considerado en sí mismo, y en parte por la situación de simultaneidad en la que las argumentaciones en lo particular se encuentran en el contexto: en el plano semántico, las “patas de la silla” están vinculadas por nexos que inciden sobre el significado propio de los signos lingüísticos que la componen. Para un análisis de las relaciones entre argumentos retóricos no conducido en una perspectiva semántica, pero igualmente útil para aclarar las causas de los fenómenos bajo examen, *cfr.* PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it., Turín, 1966, pp. 482 y ss.

¹² Sobre el tema *cfr.* PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, pp. 130 y ss., 137 y ss., 474, 537.

¹³ Bajo este aspecto, la ambigüedad del discurso retórico no es solamente una característica inevitable, aunque no necesariamente negativa (en este sentido *cfr.* la postura de Perelman en las referencias indicadas en la nota 12), pero puede convertirse ella misma en un expediente retórico, empleado a propósito para evitar las dificultades argumentativas que surgirían si el discurso no fuera ambiguo. Se trata de un aspecto poco relevante en un discurso que tenga fines meramente persuasivos; ello suscita, en cambio, reservas que no deben descuidarse si se refiere a un discurso que, como la motivación, tiene esencialmente fines de justificación racional y de control de validez de la decisión.

¹⁴ Véase *supra*, cap. II, §§ 2 y 3.

¹⁵ Véase *infra*, cap. V, §§ 1 y ss.

▪ La motivación como discurso justificativo ▪

¹⁶ Sobre el reciente cambio del estilo tradicional de la motivación en Francia *cfr.* TOUFFAIT-MALLET, "La morte des attendus", en *Foro Italiano*, V, 1968, pp. 102 y ss. Más en general *cfr.* MIMIN, *Le style des jugements*, 4ª ed., París, 1970, pp. 185 y ss. Sobre el estilo sueco, análogo al francés, *cfr.* ampliamente WETTER, *The Styles of Appellate Judicial Opinions*, Leyden, 1960, pp. 16 y ss., 79 y ss.

¹⁷ Sobre las principales características del estilo de las opiniones en Inglaterra y en Estados Unidos de América, y sobre sus relativas diferencias, *cfr.* WETTER, *op. cit.*, pp. 32 y ss., 146 y ss., 263 y ss. Sobre la distinción entre "Grand Style" y "Format Style" en la praxis norteamericana *cfr.* LLEWELLYN, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, 1960, pp. 35 y ss. y *passim*; en torno a los principales defectos del estilo de las opiniones en los Estados Unidos, *cfr.*, además las no recientes, pero significativas consideraciones de WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3ª ed., Boston, 1940, vol. I, pp. 242 y ss.

¹⁸ Aun admitiendo que el modelo lógico de la motivación sea deductivo (en relación con las objeciones al respecto, véase *infra*, cap. IV, § 1) y que exista un pasaje de naturaleza deductiva o basada en la subsunción en el razonamiento decisorio (en relación con el cual véase *ibidem* y, además, cap. V, § 2), sigue siendo decisiva la constatación de que la formulación de las premisas, de derecho y de hecho, de la deducción no puede agotarse a su vez en un procedimiento deductivo (dicha constatación es un lugar común dentro de las doctrinas antiformalistas del juicio: en Italia la formulación más amplia sigue siendo la que hizo CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), reimpresión Padua, 1964, pp. 51 y ss.). La consecuencia es que, en la medida en que la motivación se configura conforme a un esquema deductivo, tiende a dejar sin demostración las premisas de las que parte la deducción (sobre la necesidad de una justificación expresa en ese sentido véase, por el contrario, *infra*, cap. V, § 3). Por otra parte, Calogero (*ibidem*) subraya justamente que este fenómeno no se elimina configurando a tales premisas como conclusiones de ulteriores procedimientos deductivos, ya que quedaría siempre abierto el problema de la determinación, no deductiva, de las premisas sobre las que se funda la cadena de deducciones.

¹⁹ Sobre las características de dicho razonamiento y sobre su papel en la actividad decisoria y justificativa, véase *infra*, cap. IV, § 2).

²⁰ Sobre este fenómeno *cfr.*, en general, LUPOI, "Pluralità di 'rationes decidendi' e precedente giudiziale", en *Quaderni del Foro Italiano*, 1967.

²¹ En relación con el concepto de "explicación" en el campo de las ciencias naturales *cfr.*, BRAITHWAITE, *La spiegazione scientifica*, trad. it., Milán, 1966. En el ámbito de las así llamadas "ciencias humanas", el concepto ha recibido una amplia atención por parte de la metodología historiográfica en lengua inglesa: *cfr.*, por ejemplo, HEMPEL, "Reasons and Covering Laws in Historical Explanation", en *Philosophy and History*, Nueva York, Ed. S. Hook, 1936, pp. 155 y ss.; GARDINER, *The Nature of Historical Explanation*, Oxford, 1952; DRAY, *Laws and Explanation in History*, Oxford, 1957; *id.*, *Philosophy of History*, Englewood Cliffs, Nueva Jersey, 1964 (para una revisión crítica de las principales posturas en la materia, véase especialmente pp. 4 y ss.).

²² Para un amplio examen crítico de las concepciones del significado que se colocan en esta perspectiva *cfr.* SCHAFF, *Introduzione alla semantica*, cit., nota 4, pp. 211 y ss.

²³ *Cfr.* en particular SCHAFF, *op. ult. cit.*, pp. 224 y ss.; RUSSELL, *Logica e conoscenza*, trad. it., Milán, 1961, pp. 244 y ss.; WITTGENSTEIN, *op. cit.*, nota 7, prop. 3.262; SCHLICK, *Gesammelte Aufsätze*, Viena, 1938, p. 340.

²⁴ La distinción entre el Bedeutung y Sinn de una expresión lingüística se remonta a Gottlob FREGE (cfr. en particular “Senso e denotazione”, trad. it., en *La struttura logica del linguaggio*, A. Bonomi (ed.), Milán, 1973, pp. 9 y ss.), sobre cuya doctrina cfr. Especialmente KNEALE- KNEALE, *Storia della logica*, trad. it., Turín, 1972, pp. 564 y ss.; GEYMONAT, *Saggi di filosofia neorazionalistica*, Turín, 1953, pp. 103 y ss. En relación con el uso de los términos “referencia” y “referente”, en el contexto de diversas teorías semiológicas cfr. OGDEN-RICHARDS, *op. cit.*, pp. 75 y ss., 114 y ss., 211 y ss.; ULLMANN, *Semantica. Introduzione alla scienza del significato*, trad. it., Bolonia, 1966, pp. 90 y ss.; SCHAFF, *op. ult. cit.*, pp. 204 y ss.; ALSTON, *Filosofia del linguaggio*, trad. it., Bolonia, 1971, pp. 29 y ss. Sobre el uso de los términos “denotatum” y “designatum” que utilizan en el texto, cfr. MORRIS, *Lineamenti di una teoria dei segni*, trad. it., 2ª ed., Turín, 1963, p. 21.

²⁵ En este sentido es particularmente clara la representación gráfica constituida por el así llamado triángulo de OGDEN-RICHARDS (*op. cit.*, p. 37), de las relaciones entre símbolo (signo), referencia y referente. Para una crítica reciente de dicha esquematización cfr. DICKERSON, “Referential Meaning: the Static Aspect”, en *Jurimetrics Journal*, núm. 10, 1969, pp. 58 y ss.

²⁶ Para una definición de la lógica como ciencia y no como un conjunto de entidades, y para una reseña de los diversos usos aceptables del término, KALINOWSKI, *Introduzione alla logica giuridica*, trad. it., Milán, 1971, pp. 17, 54 y ss.

²⁷ Cfr. KALINOWSKI, *op. ult. cit.*, p. 56.

²⁸ En el sentido de poner en crisis la idea de “una” lógica del derecho como aplicación de la lógica del derecho, es decisivo el relieve de que no existe “un” razonamiento jurídico, sino más bien muchos razonamientos jurídicos distintos, dependiendo del sujeto que formula un razonamiento sobre el derecho: en ese sentido cfr. BOBBIO, “Sul ragionamento dei giuristi”, en *Rivista di diritto civile*, 1955, pp. 5 y ss. GAVAZZI, “Logica giuridica”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, tomo IX, 1963, p. 1066.

²⁹ Sobre el tema cfr. las consideraciones críticas de SIMITIS, “The Problem of Legal Logic”, en *Ratio*, n. 3, 1960, pp. 61 y ss.

³⁰ A la racionalidad del derecho en el sentido de su posible análisis desde un punto de vista meramente formal hace referencia, por su parte, AMATO, *Logica Simbolica e diritto*, Milán, 1969, pp. 349 y ss.

³¹ Cfr. por ejemplo la famosa afirmación de COKE (*Institutes of the Laws of England or a Commentary upon Littleton*, Londres, 1738, p. 976), que individuaba en la *common law* “the perfection of reason” (al respecto, véase STONE, *Legal System*, cit. nota 11, p. 237. LLOYD, “Reason and Logic in the Common Law”, en *Law Quarterly Review*, n. 64, 1948, p. 468). En una perspectiva análoga pueden considerarse también las tesis del jusnaturalismo clásico, en el medida en la cual éstas tendían a configurar ordenamientos jurídicos positivos modelados sobre la “razón natural” (sobre el tema, cfr. VILLEY, “Histoire de la logique juridique”, en *La logique juridique, Travaux du I^{er} Colloque de philosophie du droit comparée*, Toulouse, París, septiembre 1966, 1977, pp. 69 y ss.; véase además con amplitud TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Génova, 3a ed., 1973, pp. 85 y ss.).

³² El principio de la racionalidad del derecho como racionalidad del ordenamiento se encuentra, más o menos implícitamente, en la base de las más difundidas posturas en las que se expresa la orientación positivista. Desde la *Begriffsjurisprudenz* a la *Konstruktionslehre* y al pensamiento sistemático en general. Al respecto cfr. COING, “Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft”, en *Zur Geschichte des Privatrechtsystems*, Frankfurt am Main, 1962, pp. 9 y ss.; ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 44 y ss., 161 y ss., 200 y ss.; *id.*, *Vorverständnis und*

▪ La motivación como discurso justificativo ▪

Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt am Main, 1970, pp. 80 y ss., 113 y ss.; MÜLLER, *Juristische Methodik*, Berlín, 1971, pp. 47 y ss.; ZIPPELIUS, "Problemjurisprudenz und Topik", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1967, n. 20, pp. 2229 y ss.; LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Turín, 1965, pp. 31 y ss., 273 y ss. y *passim*; TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bolonia, 1974, pp. 42 y ss., 411 y ss. En particular sobre el pensamiento de Windscheid cfr. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 2ª ed., 1969, pp. 27 y ss.; sobre Savigny cfr. WILHELM, "Savignys überpositive Systematik", en *Philosophie und Rechtswissenschaft, Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, Herausg. von J. Blühdorn und J. Ritter, Frankfurt am Main, 1969, pp. 123 y ss.; sobre Ihering cfr. COING, *Der juristische Systembegriff bei Rudolf von Ihering*, *ibid.*, pp. 149 y ss.

³³ Los dos aspectos de la concepción racional y sistemática del derecho, distinguidos en el texto, tienen en línea de máxima un punto de convergencia constituido por la concepción de la decisión como operación puramente deductiva y cognoscitiva, fundada en el sistema y en armonía con su estructura lógica. Cfr. al respecto TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 37 y ss.; VILLEY, *op. e loc. ult. cit.*; ZIPPELIUS, *op. loc. ult. cit.*; COING, *Geschichte und Bedeutung*, cit., p. 11; ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 220 y ss.; MICHAELIS, "Ueber das Verhältnis von logischer und praktischer Richtigkeit bei der sogenannten Subsumtion (Eine Kritik der Kritiken am Subsumtionsbegriff)", en *Gött. Festschr. OLG Celle*, Göttingen, 1961, pp. 117 y ss., 128 y ss.; STONE, *op. ult. cit.*, pp. 301 y ss. Sobre el tema, véase también *infra*, cap. IV, § 1.

³⁴ El uso de instrumentos lógicos en el análisis de las normas es denominado por algunos "lógica del derecho", aun entendiendo que se trata de un sector de la lógica jurídica. En este sentido cfr., por ejemplo, BOBBIO, "Diritto e logica", en *Atti del V Congresso nazionale di filosofia del diritto*, Milán, 1962, pp. 9 y ss.

³⁵ El recurso, más o menos intenso, a los instrumentos de la lógica formal general, es difundido ampliamente tanto en los estudios de lógica jurídica *tout court*, como en los estudios de lógica de la proposición normativa o denóntica. En el primer campo cfr., por ejemplo, KLUG, *Juristische Logik*, Berlín, 1951; KALINOWSKI, *op. cit.*, nota 26, pp. 31 y ss., 198 y ss.; WEINBERGER, *Rechtslogik. Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken*, Viena-Nueva York, 1970, pp. 82 y ss., 118 y ss., 138 y ss., 189 y ss. En el segundo cfr., por ejemplo, KALINOWSKI, *op. cit.*, pp. 101 y ss.; WRIGHT, *Norm and Action*, Londres, 1963; AMATO, *op. cit.*, nota 30, pp. 91 y ss., 193 y ss.

³⁶ Entre los estudios más recientes en esa dirección cfr. FERRAJOLI, *Teoría assiomatizzata del diritto*, Milán, 1970.

³⁷ Sobre los desarrollos que el análisis lógico de las normas encuentra a través de la aplicación de modelos cibernéticos cfr. LOSANO, *Giuscibernetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Turín, 1969, especialmente pp. 153 y ss. Cfr. además DAVID, "La cybernétique et le Droit", en *La logique juridique*, cit., pp. 147 y ss.

³⁸ Sobre la lógica de los juristas como conjunto de las investigaciones sobre el razonamiento de los juristas cfr. BOBBIO, *Diritto e logica*, cit., nota 34, p. 25; sobre la lógica de los juristas como aspecto de la lógica del derecho, que no se distingue realmente de esta última cfr. AMATO, *op. cit.*, nota 30, p. 344, n. 9.

³⁹ En este sentido, cfr., por ejemplo, KALINOWSKI, *op. cit.*, nota 26, pp. 197 y ss. Sobre el papel de la lógica en la interpretación cfr. además AMATO, *op. cit.*, nota 30, pp. 371 y ss.

⁴⁰ Un primer elemento de confusión tiene que ver con la relación entre el método jurídico y la lógica jurídica, debido a que es controvertido si la segunda sea un instrumento

del primero o si bien éste sea una parte de la segunda (para una reseña de las opiniones sobre el tema *cfr.* BRIMO, “Logique juridique et méthode juridique”, en *La Logique juridique*, cit., pp. 215 y ss.). Un segundo elemento toca la relación entre lógica jurídica y lógica general, es decir, el problema de si existe una lógica jurídica dotada de características peculiares, y por lo tanto si el razonamiento jurídico tiene una estructura lógica *tout court*. La tesis de la autonomía de la lógica jurídica ha sido sostenida desde diversos puntos de vista (*cfr.*, por ejemplo, GARCÍA MÁYNEZ, *Lógica del raciocinio jurídico*, México-Buenos Aires, 1964, pp. 7 y ss.; PERELMAN, “Logique formelle, logique juridique”, en *Logique et Analyse*, n. 3, 1960, pp. 226 y ss., además de *passim* en las obras citadas en *infra*, cap. IV, § 3), pero con argumentos escasamente convincentes. Resulta, viceversa, más fundada la opinión de quien considera que el razonamiento jurídico no tenga una propia lógica específica, pero sea lógico en la medida en la que usa los instrumentos elaborados por la lógica general (en este sentido *cfr.* KLUG, *op. cit.*, nota 35, pp. 4 y ss.; HUSSON, “Les apories de la logique juridique”, en *La Logique juridique*, cit., pp. 30 y ss.; KALINOWSKI, “Logique formelle et droit”, *ibid.*, pp. 198 y ss.; *id.*, “Y a-t-il une logique juridique?”, en *Logique et Analyse*, n. 2, 1959, pp. 48 y ss.; *id.*, “De la spécificité de la logique juridique”, en *Archives de philosophie du droit*, año. XI, 1966, pp. 7 y ss.; SIMITIS, *op. cit.*, nota 29, p. 64; BOBBIO, *Diritto e logica*, cit., nota 34, pp. 33 y ss.; TAMMELO, “Sketch for a Symbolic Juristic Logic”, en *Journal of Legal Education*, n. 8, 1955, p. 278; HOROVITZ, *Law and Logic*, Viena-Nueva York, 1972, pp. 88 y ss.).

⁴¹ Una actitud de este tipo, frecuentemente implícita tanto en los estudios sobre el juicio jurídico como en los relativos a la actividad del juez, ha terminado por producir inconvenientes que no deben descuidarse, esencialmente derivados del hecho de conducir el análisis del razonamiento jurídico a un nivel muy general y de manera unitaria (*cfr.*, por ejemplo, GARCÍA MÁYNEZ, *Lógica del raciocinio jurídico*, México-Buenos Aires, 1955, y PERELMAN, sobre el cual ver *infra*, cap. IV, § 3, para un examen más amplio), sin tener en cuenta la distinción entre los puntos de vista de los sujetos que formulan el juicio o el razonamiento (sobre lo cual véase BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, cit. nota 28), y terminando generalmente con descuidar las peculiaridades del razonamiento del juez. Prueba de ello es la escasa atención que regularmente le es dedicada a la lógica del juicio de hecho (la excepción más relevante, por no decir la única, está constituida por el estudio de ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 2ª ed., 1960, pp. 37 y ss.).

⁴² El requisito del carácter lógico, en el sentido lato de la racionalidad, de la manera en la que opera el juez, es concebido como una característica necesaria de función jurisdiccional y como garantía de justa aplicación de la ley en las doctrinas iluministas, antes de que ocurriera en el ámbito del positivismo (sobre el tema *cfr.* BRÜGGEMANN, *Die richterliche Begründungspflicht. Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen*, Berlín, 1971, pp. 22 y ss. y *passim*). Esta postura hace emerger en el plano político el principio de obligatoriedad de la motivación, y en el plano del análisis del juicio da origen al modelo silogista (en relación con el cual véase *infra*, cap. IV, § 1). La escisión entre lógica y racionalidad del juicio es afirmada en el ámbito de las teorías antiformalistas anglosajonas, que tienden a negar la lógica del razonamiento del juez aún afirmando su racionalidad (*cfr.* STONE, *The Province and Function of Law*, rist., Sydney, 1950, pp. 137 y ss.; LEVY, *An Introduction to Legal Reasoning*, 8ª ed., Chicago, 1961, pp. 1 y ss.; JENSEN, *The Nature of Legal Argument*, Oxford, 1957, pp. 7 y ss., y *passim*). Se trata por otra parte, de una postura que termina por dejar del todo indeterminados a los que deberían ser los fundamentos no lógicos de la racionalidad del juicio (en ese sentido HOROVITZ, *op. cit.*, nota 40, pp. 139 y ss., 177 y ss., 197).

▪ La motivación como discurso justificativo ▪

⁴³ Al respecto, un examen incompleto pero muy amplio es realizado por HOROVITZ, *op. cit.*, al cual se remite para una reseña de las opiniones relativas a este tema.

⁴⁴ El "formalismo interpretativo" (sobre el cual *cf.* TARELLO, "Formalismo jurídico", en *Diritto, enunciati, usi, cit.*, pp. 37 y ss.), que acentúa la naturaleza lógica del juicio, es típica del positivismo, pero se remonta a los racionalistas del siglo XVII y XVIII (*cf.* VILLEY, *Histoire de la logique, cit.*, nota 31, pp. 69 y ss.; BRÜGGEMANN, *op. cit.*, nota 42, pp. 24 y ss.).

⁴⁵ Sobre la declaratory theory de la decisión *cf.*, por ejemplo, CROSS, *Precedent in English Law*, 2ª ed., Oxford, 1968, pp. 23 y ss.

⁴⁶ Sobre el carácter inductivo del procedimiento de extrapolación de una *rule* idónea para fundar la decisión *cf.* STOLJAR, "The Logical Status of a Legal principle", en *University of Chicago Law Review*, núm. 20, 1953, pp. 181 y ss.; ALLEN, "Precedent and logic", en *Law Quarterly Review*, núm. 41, p. 248; LEVY, "An Introduction to Legal Reasoning", en *University of Chicago Law Review*, núm. 5, 1948, pp. 501 y ss.; CROSS, *op. cit.*, nota 45, pp. 180 y ss.; SINCLAIR, "Legal Reasoning: In Search of an Adequate Theory of Argument", *California Law Review*, núm. 59, 1971, pp. 827 y ss.

⁴⁷ La fase del razonamiento del juez a la cual le es atribuida una estructura deductiva era generalmente puesta en un primer plano, ya sea porque tenía que ver con la verdadera y propia "aplicación" de la *rule* al caso concreto, ya sea porque resultaba más coherente con una visión sistemática del ordenamiento, que a inicios del siglo XIX se asomaba también a los países de la *common law* (*cf.* ESSER, *Grundsatz und Norm, cit.*, p. 197). Aquello que representa un relevante punto de contacto, al menos en el nivel de las teorías generales, con la concepción prevalente en los países de derecho codificado. Sobre la presencia del modelo deductivo en la doctrina de *common law* *cf.* CROSS, *op. cit.*, nota 45, pp. 176 y ss.; STONE, *Legal System, cit.*, nota 11, pp. 235 y ss.; WASSERSTROM, *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford, 1961, pp. 14 y ss.; SINCLAIR, *op. cit.*, pp. 831 y ss.; JENSEN, *op. cit.*, nota 42, pp. 7 y ss.

⁴⁸ Al respecto, con referencia específica al Begriffsjurisprudenz, *cf.* LARENZ, *Methodenlehre, op. cit.*, nota 32, pp. 17 y ss.

⁴⁹ En particular sobre las conexiones ideológicas del positivismo formalista *cf.* FASSO, *Il giudice e l'adeguamento del diritto, cit.*, pp. 397 y ss.; TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 37 y ss., 411 y ss., 475 y ss.

⁵⁰ *Cf.* en general *supra*, cap. II, § 4, c). El choque entre las dos posiciones produce también efectos bastante curiosos de "hibridez", como los que se manifiestan, por ejemplo, en el pensamiento de SCHEUERLE (*cf.* *Rechtsanwendung*, Nürnberg-Düsseldorf, 1952, pp. 47 y ss., 65 y ss., 132 y ss. y *passim*), quien describe la actividad del juez como una cadena de "actos de fantasía creativa" de naturaleza claramente irracional, vinculados, sin embargo, dentro de esquemas lógicos análogos a los que han sido delineados por la doctrina deductiva del juicio.

⁵¹ *Cf.* HOLMES, *Common Law*, reimp., Cambridge, 1963, p. 1.

⁵² En realidad parece ser claro que Holmes no pretendió negar toda utilidad a la lógica del derecho, sino únicamente invitar a considerar mejor los límites de dicha utilidad, y a evitar la cristalización del pensamiento jurídico en formas estereotípicas. En ese sentido *cf.* el mismo HOLMES, "The Path of the Law", en *Harvard Law Review*, núm. 10, 1897, pp. 465 y ss., y además LOEVINGER, "An Introduction to Legal Logic", en *Indiana Law Journal*, núm. 27, 1952, p. 472; DEWEY, "Logical Method and the Law", en *Cornell Law Quarterly*, núm. 10, 1924, pp. 20 y ss.; MARTIN, "Leges sine logica vanae", en *Law and Philosophy*, S. Hook ed., Nueva York, 1964, p. 313.

⁵³ Cfr. en ese sentido GUEST, "Logic in the Law", en *Oxford Essays in Jurisprudence*, Guest ed., Oxford, 1961, pp. 187 y ss.; HALPER, "Logic in Judicial Reasoning", en *Indiana Law Journal*, n. 44, 1968, p. 38; WASSERSTROM, *op. cit.*, nota 47, pp. 20 y ss.

⁵⁴ En este sentido cfr. claramente a HALPER, *op. cit.*, pp. 33 y ss., quien reseña las principales situaciones en las cuales se manifiesta el desprecio de los juristas frente a la lógica, demuestran que los defectos que se le impugnan a la lógica, demostrando que los defectos que se le imputan a la lógica son debidos, en realidad, a su falta de uso o a su abuso. Sobre la "patología del razonamiento" de la sistemática tradicional véase VILLEY, "Histoire de la logique juridique", *cit.*, nota 31, p. 71.

⁵⁵ Al respecto, cfr. DEWEY, *op. ult. cit.*, pp. 18 y ss., 25; LOEVINGER, *op. cit.*, nota 52, p. 481.

⁵⁶ Cfr. LOEVINGER, *op. cit.*, nota 52, pp. 476 y ss.; SINCLAIR, *op. cit.*, nota 46, pp. 824 y ss.; BOONIN, "The Theoretical and Practical Approaches to Legal Reasoning", en ARSP, 1963, pp. 433 y ss.; WASSERSTROM, *op. cit.*, nota 47, pp. 14 y ss. y *passim*.

⁵⁷ La toma de posición antilogicista sobre el tema específico del juicio está presente, sin embargo, de manera bastante clara en algún autor, como por ejemplo HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, editado por R. Dubischar, Bad Homburg v.d. Höhe-Berlin-Zurich, 1968, pp. 172 y ss. y *passim*, y BÜLOW, *Gesetz*, *cit.*, pp. 32 y ss. Sobre las posturas de los jusliberales cfr. LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 278 y ss.

⁵⁸ Sobre el tema cfr. en general LARENZ, *Methodenlehre*, *cit.*, nota 32, pp. 8 y ss.

⁵⁹ Cfr. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, 1965, p. 19. Sobre el tema, véase también FERRI, "Antiformalismo, democrazia, codice civile", en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1968, pp. 361 y ss.; así como TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 488 y ss., en un sentido fuertemente crítico entorno a los componentes ideológicos de ese momento cultural. Por su parte, FASSÒ, "Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale", en *Revista trimestrale di diritto processuale civile*, 1972, pp. 902 y ss. (y de manera análoga véase TARELLO, *ibid.*, p. 486) releva cómo ya en el idealismo y en el institucionalismo de los años que corren entre las dos guerras mundiales se afirmó el carácter creativo de la interpretación, sin llegar, no obstante, a salirse de los esquemas de pensamiento tradicionales, y cómo éstos comenzaron a ser seriamente puestos en discusión sólo hasta alrededor de 1950, esencialmente entre los procesalistas por influencia de CARNELUTTI (cfr. "Bilancio del positivismo giuridico", en *Discorsi intorno al diritto*, 2ª ed., Padua, 1953, pp. 243 y ss.) y de CALAMANDREI (cfr. "La funzione della giurisprudenza nel tempo presente", compilado en *Opere giuridiche*, 1ª ed., Napoles, 1965, pp. 598 y ss.).

⁶⁰ Los mismos se resumen en la postura encaminada a hacer emerger el momento valorativo de la interpretación en contraste con el formalismo lógico. Lo que falta en la doctrina italiana de la "revuelta" son los desarrollos orgánicos de dicha postura, ya sea porque ya se había dado la experiencia de las degeneraciones políticas del voluntarismo, que impedía una imitación de las doctrinas alemanas, o bien porque, al menos en ese momento, faltaban los instrumentos culturales necesarios para una reformulación en forma del problema, más allá de los esquemas positivistas. La postura en cuestión fue expresada, en consecuencia, pero no produjo nuevas metodologías: por un lado, como ocurre en el pensamiento de Capograssi, el problema del juicio fue desplazado al plano de la experiencia ética; por otro lado, se delineó un enfoque genérico de regresión al jusracionalismo (cfr. por ejemplo, CARNELUTTI, *Bilancio*, *cit.*, nota 59, p. 258; sobre el tema véase además FASSÒ, *op. ult. cit.*, pp. 897 y ss., y TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 490 y ss.).

⁶¹ Cfr. CARNELUTTI, Torniamo al "giudizio", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1949, I, pp. 165 y ss. Carnelutti fue indudablemente el procesalista que interpretó con mayor energía la

▪ La motivación como discurso justificativo ▪

exigencia de liberarse del rígido logicismo del positivismo tardío; las perspectivas de análisis del juicio que él mismo delineó se quedaron enclavadas en una visión vagamente metafísica y frecuentemente mitificadora del problema, y no produjeron elementos constructivos. Como prueba de lo anterior, *cfr.* “Di là dal diritto”, in *Discorsi*, cit., II, pp. 89 y ss.; “Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto”, *ibid.*, pp. 59 y ss.; “Profilo del pensiero giuridico italiano”, *ibid.*, p. 181; “Matematica e diritto”, *ibid.*, pp. 220 y ss.; “Bilancio”, *cit.*, p. 254; “Nuove riflessioni sul giudizio giuridico”, en *Discorsi*, cit., III, Padua, 1961, pp. 135 y ss.

⁶² *Cfr.* por ejemplo BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (Teoria generale e dogmatica), 2ª ed., Milán, 1971, pp. 283 y ss.

⁶³ Entre las muchas razones de confusión sobre el tema (sobre el cual véanse los apuntes generales de WASSERSTROM, *op. cit.*, nota 47, pp. 1 y ss., 12 y ss.), tuvo un peso notable el tono excesivamente polémico con el cual fueron enunciadas frecuentemente las opiniones contrapuestas; de manera análoga, influyó el uso emotivo del término “lógica” ya sea para sobrevalorar o para subvalorar el papel del razonamiento del juez; *cfr.* STONE, *Legal System*, cit. nota 11, p. 302; *id.*, *Reasons and Reasoning*, cit., p. 758.

⁶⁴ Dicha concepción implicó esencialmente dos momentos: la reducción de la lógica a la silogística escolástico-aristotélica, y la pretensión de que éste sea omnicompreensiva respecto a los problemas del razonamiento del juez. De ella se sigue la falsa alternativa entre silogismo e irracionalidad, que, por otra parte, es claramente rechazada por los más recientes análisis lógicos del juicio. Al respecto, véase por ejemplo WASSERSTROM, *op. cit.*, nota 47, pp. 24, 32 y ss.; TAMMELO, “Logic as an Instrument of Legal Reasoning”, en *Jurimetrics Journal*, 1970, p. 90; HALPER, *op. cit.*, nota 53, p. 40; LOEVINGER, *op. cit.*, nota 52, pp. 481 y ss.; SINCLAIR, *op. cit.*, nota 46, p. 831.

⁶⁵ Sobre el tema *cfr.* STONE, *Legal System*, cit. nota 11, pp. 301, 321; *id.*, *Reasons and Reasoning*, cit., p. 757; WASSERSTROM, *op. cit.*, nota 47, pp. 23 y ss.

⁶⁶ *Cfr.* HALPER, *op. cit.*, nota 53, p. 38; de manera análoga HOROVITZ, *op. cit.*, nota 40, pp. 78 y ss., quien destaca que frecuentemente lo que es definido como intuición no es otra cosa más que una inferencia inductiva que no es articulada adecuadamente.

⁶⁷ *Cfr.* TAMMELLO, *op. ult. cit.*, nota 64, p. 90; LOEVINGER, *op. cit.*, nota 52, p. 481. *cfr.* por otra parte las indicaciones de HOROVITZ, *op. cit.*, nota 40, pp. 77 y ss., 127 y ss. y *passim*, en torno a los inconvenientes derivados del hecho de que regularmente son descuidadas las posibilidades que ofrece la lógica inductiva.

⁶⁸ Al respecto, véase en general KNEALE-KNEALE, *op. cit.*, nota 24, pp. 13 y ss., 131 y ss.

⁶⁹ Sobre el tema *cfr.* CHEVRIER, “Sur l’art de l’argumentation chez quelques Romanistes médiévaux au XIII^e siècle”, en *Archives de Philosophie du Droit*, núm. 11, 1966, pp. 115 y ss.; GIULIANI, *Il concetto di prova*, Milán, 1961, *passim*; *id.*, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavía, 1966, pp. 131 y ss.

⁷⁰ En general sobre la función de la lógica inductiva en el razonamiento del juez *cfr.* HOROVITZ, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*; sobre la aplicabilidad de las diversas formas de inducción en el juicio de hecho *cfr.* TARUFFO, *Studi*, cit., nota 7, pp. 221 y ss., 233 y ss.

⁷¹ En relación con el tema *cfr.* por ejemplo EDWARDS, *The Logic of Moral Discourse*, Nueva York, 1965, pp. 139 y ss.

⁷² Sobre el problema de la relación entre la lógica jurídica y la dialéctica marxista *cfr.* POULANTZAS, “La dialectique hégélienne-marxiste et la logique juridique moderne”, en *Archives de Philosophie du Droit*, núm. 11, 1966, pp. 149 y ss.; *id.*, “Marxisme et logique juridique”, en *La logique juridique*, cit., pp. 137 y ss.; STOYANOVITCH, “De quel usage peut être en logique juridique la ‘dialectique’ au sens moderne hégélien et marxiste du mot?”, en *Archives de Philosophie du Droit*, n. 11, 1966, pp. 159 y ss. Sobre la aplicación de un

modelo dialéctico al juicio *cfr.* BODENHEIMER, "A Neglected Theory of Legal Reasoning", en *Journal of Legal Education*, núm. 21, 1969, pp. 378 y ss.

⁷³ Sobre el tema *cfr.* esencialmente POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, trad. it., Turín, 1970, pp. 21 y ss., 66 y ss., 276 y ss.

⁷⁴ Sobre la aplicación de dicha distinción al razonamiento del juez *cfr.* WASSERSTROM, *op. cit.*, nota 47, pp. 25 y ss.; TAMMELO, *op. ult. cit.*, nota 64, p. 93; JORGENSEN, "Argumentation and Decision", en *Festkr. til Alf Ross*, Kobenhavn, 1969, p. 278; DEWEY, "Logical Method and the Law", *cit.* nota 52, pp. 18 y 24. Además, sobre el tema, véase de manera más amplia *infra*, cap. V, §1, b).

⁷⁵ Sobre la distinción entre forma lógica y contenidos respecto de los cuales ésta es utilizada, *cfr.* para el caso específico de que se trate de contenidos jurídicos, AMATO, *op. cit.*, nota 30, pp. 364 y ss.

⁷⁶ Se trata, por otra parte de límites que hasta ahora han sido trazados de manera un tanto aproximativa, y con notables márgenes de ambigüedad y de confusión (ver por ejemplo AMATO, *op. cit.*, nota 30, p. 366), que no han sido del todo eliminados ni siquiera en los tratamientos más profundos del problema (*cfr.* por ejemplo KLUG, *op. cit.*, nota 35, p. 3; TAMMELO, "Sketch for a Symbolic Juristic Logic", *cit.* nota 40, pp. 302 y ss.; SIMITIS, *op. cit.*, nota 29, p. 74, 88 y ss.).

⁷⁷ Una distorsión de este tipo es frecuente, por ejemplo, en el razonamiento fundado en máximas de experiencia, que sólo en raras hipótesis están constituidas por proposiciones generales, pero que son usadas usualmente como premisas de inferencias deductivas. Sobre el tema, véase TARUFFO, "Certezza e probabilità nelle presunzioni", *cit.* nota 7, pp. 88 y ss.

⁷⁸ Sobre el concepto de formalización *cfr.* en general PASQUINELLI, *Introduzione alla logica simbolica*, Turín, 1957, pp. 24 y ss. y *passim*.

⁷⁹ La aplicación de la lógica de las proposiciones fácticas a enunciaciones de tipo valorativo es un error de la elección del método lógico, y puede depender tanto de la falta de reconocimiento de la naturaleza valorativa de la enunciación, como de la falta de relevancia del juicio de valor que eventualmente se expresa con términos descriptivos (en relación con cual véase HARE, *Libertà e regione*, trad. it., Milán, 1971, pp. 37 y ss.). Un verdadero y propio abuso se tiene, al contrario, cuando se le aplica la lógica de verdadero/falso a criterios enunciativos para esconder la naturaleza valorativa de los enunciados, o para obtener consecuencias que son presentadas como ciertas y racionales e indubitables (sobre la especificidad de la justificación de los juicios de valor véase, por el contrario, *infra*, cap. V, § 3, d) y e).

⁸⁰ Sobre el sofisma implícito en la posición de quién usa la lógica como si en sus reglas estuviera implícita una eficacia jurídica determinante, *cfr.* LLOYD, *op. e loc. ult. cit.*

⁸¹ Sobre el tema *cfr.* el amplio estudio de CARCATERRA, *Il problema della fallacia naturalistica*, Milán, 1969.

⁸² Sobre la función de racionalización y de control que juega un uso estricto de la lógica en el ámbito del razonamiento del juez, *cfr.* MICHELIS, *op. cit.*, p. 147; PATTERSON, "Logic in the Law", en *University of Pennsylvania Law Review*, n. 90, p. 875 y ss.; LLOYD, *op. ult. cit.* p. 468; JORGENSEN, *op. cit.*, nota 74, p. 279; GIRIAUD, en *La logique judiciaire*, *cit.*, pp. 50 y ss.; PERROT, "Rapport de synthese", *ibid.*, pp. 145 y ss.; ESSER, *Grundsatz und Norm*, *cit.*, nota 32, pp. 208 y ss.; BODENHEIMER, *op. cit.*, nota 72, pp. 393 y ss.

⁸³ Sobre el tema *cfr.* HOROVITZ, *op. cit.*, nota 40, pp. 6, 187 e *passim*.

⁸⁴ *Cfr.* WASSERSTROM, *op. cit.*, nota 47, p. 27.

▪ La motivación como discurso justificativo ▪

⁸⁵ Sobre el tema *cfr.* en general, CAJANI, *I giudizi di valore*, cit., pp. 37 y ss., 133 y ss. y *passim*; sobre los desarrollos más reciente *cfr.* TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 475 y ss.

⁸⁶ Ello vale, evidentemente, para los juristas “técnicos” y, en particular, para los procesalistas (entre los que sólo DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padua, 1958, pp. 23 y ss., intenta una clarificación del problema); no vale, al contrario, para los filósofos del derecho (*cfr.* por ejemplo CAJANI, *op. ult. cit.*; SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milán, 1962), aun cuando éstos, más que del razonamiento del juez, se han ocupado en general del problema de la interpretación.

⁸⁷ *Cfr.*, por ejemplo, FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto*, cit., en donde se sostiene la tesis, bastante peregrina y, en realidad, fuertemente conservadora, según la cual correspondería a la Corte Constitucional una especie de monopolio de los juicios de valor sociopolíticos, mientras, en consecuencia, valoraciones de este tipo estarían —o deberían estar— impedidas para el juez ordinario. Vale la pena señalar que esa tesis se funda, además en una clara ideología “neutralística” del juicio, sobre la confusión entre el plano ontológico (¿el juez ordinario realiza juicios de valor?) y el plano deontológico (¿el juez ordinario puede/debe realizar juicios de valor?), que vuelve, para decir lo menos, ambigua dicha propuesta “monopólica”.

⁸⁸ Ello, con mayor razón, en la medida en la que en el análisis de las valoraciones del juez repercuten las incertidumbres existentes en torno al concepto general de valor. Al respecto es significativo el ejemplo de la doctrina de CARNELUTTI del juicio, en la cual, planteada la definición de valor como un atributo de la parte en relación con el todo (*cfr.* CARNELUTTI, “Nuove riflessioni sul giudizio giuridico”, en *Discorsi*, cit., III, p. 145), queda impedido cualquier análisis ulterior del componente axiológico de la decisión.

CAPÍTULO IV

SOBRE ALGUNAS TEORÍAS DEL JUICIO Y DE LA MOTIVACIÓN

SUMARIO: 1. La teoría del silogismo judicial, *a*. Falsedad y falta de completitud de la teoría silogística, *b*. Límites de las críticas a la teoría silogística, *c*. El uso del silogismo por parte del juez, *d*. Las implicaciones ideológicas de la teoría silogística; 2. La teoría tópica del razonamiento jurídico, *a*. Esbozos críticos sobre la teoría tópica de la decisión, *b*. Tópica y lógica en la motivación, *c*. El papel del razonamiento tópico en la motivación; 3. La teoría retórica de la argumentación jurídica, *a*. Retórica y tipos de razonamiento jurídico, *b*. El problema del “auditorio universal”, *c*. El papel de la argumentación retórica en la motivación.

1. LA TEORÍA DEL SILOGISMO JUDICIAL

Antes de delinear las características estructurales más relevantes de la motivación y los vínculos existentes entre éstos y los momentos peculiares del juicio, es oportuno tomar en consideración separadamente algunas de las principales posturas que han planteado una solución global y unitaria de los problemas que estamos examinando. Frente a la imposibilidad de realizar un estudio analítico de las doctrinas en lo individual, conviene restringir la investigación a dos teorías del juicio y de la motivación que tienen la virtud de representar dos modos típicos de enfocar estos temas, y de ser además, la expresión coherente de posturas metodológicas de orden más general: la primera teoría, que expresa la postura sistemático-deductiva de matriz juspositivista, es la que configura al juicio y a la motivación a través de la categoría del silogismo judicial; la segunda, que expresa la postura antisistemática nacida de la crisis del positivismo jurí-

dico clásico y del surgimiento del problema de los valores, es la que describe a las actividades del juez haciendo énfasis en la relevancia que en ella asumen los factores tópico-retóricos y argumentativos.

La teoría que identifica a la estructura del juicio en un silogismo cuya premisa mayor está dada por la norma que debe aplicarse al caso, mientras que la premisa menor está representada por los hechos relevantes que ya se han comprobado y la conclusión está constituida por la decisión sobre los hechos concretos, es muy conocida, en parte porque tuvo durante mucho tiempo un papel dominante en la doctrina europea, especialmente alemana¹ e italiana.² Igualmente conocido es el hecho de que este modelo resulta excesivamente sintético incluso para sus mismos autores, algunos de los cuales advirtieron su falta de idoneidad frente a la complejidad del razonamiento del juez, y configuran alrededor del silogismo “final” una corona de silogismos “instrumentales” (*Hilfsyllogismen*), concatenados de manera tal que sus conclusiones constituyen las premisas del silogismo final.³ De tal manera, el modelo del juicio se dilata de un mero silogismo a un polisilogismo (que corresponde a la figura aristotélica de sorites), pero el carácter fundamental continuó siendo el de estar fundado en un solo módulo lógico-estructural, es decir, la deducción silogística, que continuaba siendo considerada como la línea que sustenta el razonamiento del juez.

Contra este planteamiento del problema se realizaron, especialmente a partir de los primeros años del siglo pasado, objeciones y críticas de los más diversos tipos, las principales de las cuales pueden reconducirse a dos filones de pensamiento.

a. Falsedad y falta de completitud de la teoría silogística

De acuerdo con la primera de ellas, la doctrina del silogismo judicial, entendida como la representación del juicio, es falsa y, por lo tanto, debe ser rechazada. La falsedad de dicha representación ha sido sostenida esencialmente con base en la negación de la naturaleza lógico-racional de la actividad del juez, y ha constituido una de las características distintivas, además de ser uno de los estímulos más eficaces de las diversas doctrinas irracionalistas del juicio sobre las que ya hemos reflexionado abundantemente. Por otra parte, la afirmación de la falsedad del silogismo judicial como representación de la estructura del juicio está también

presente, en términos más o menos explícitos, en los varios intentos por reconstruir dicha estructura mediante el uso de módulos lógicos diferentes al de tipo silogístico. A nosotros nos interesa considerar, al contrario, el segundo filón de críticas que se le han planteado a la doctrina del silogismo judicial, que tienen en común no tanto la afirmación de la falsedad radical de la representación silogística del juicio, sino más bien la de su falta de completitud. En este ámbito se encuadran posiciones que se colocan en un plano muy general, como aquella según la cual el modelo silogístico no expresa la complejidad de la actividad creativa del juez ya que representa únicamente su estructura lógica,⁴ o aquella según la cual es inadecuada toda concepción del juicio que no dé cuenta del elemento voluntarista que está comprendido en la decisión, sino únicamente del elemento cognoscitivo.⁵

Estas aserciones, que pueden llegar a tener una eficacia crítica muy intensa, ponen el acento sobre aquello que el modelo silogístico no logra expresar del juicio, pero en línea de máxima no son capaces de refutar lo adecuado que puede ser ese modelo para representar el aspecto lógico del juicio, de manera tal que no faltan los reconocimientos de la utilidad, aunque limitada, que tiene el modelo mismo.⁶

Desde la perspectiva en comento, encajan también enfoques que desarrollan de manera más detallada el tema de la confrontación entre la representación silogística del juicio y la que se asume como la “naturaleza” del juicio mismo, y ponen en evidencia razones específicas de la falta de completitud de la configuración silogística tradicional. En este sentido es ejemplar la tesis sostenida en su momento por Calogero,⁷ la cual tuvo una amplia resonancia, entre otras cosas, porque fue la primera crítica articulada que se le hizo a la doctrina silogística en Italia,⁸ según la cual el silogismo judicial no abarca todo el juicio, porque representa sólo el *iter* que sigue el juez para deducir la decisión a partir de las premisas de hecho y de derecho, pero no comprende a la actividad esencial con la cual el juez llega a fijar dichas premisas.⁹ Esa crítica dio indudablemente en el blanco, en la medida en la que trazó una precisa delimitación de la función representativa del modelo silogístico; sin embargo, la misma tuvo en el pensamiento de Calogero un desarrollo bastante curioso, debido a que no lo llevó a realizar una ampliación, integración o sustitución del esquema cuyos límites había evidenciado, sino, al contrario, a realizar una reducción ulterior del mismo: en efecto, la tesis según la cual la naturale-

za del juicio estaría expresada por la categoría lógica de la subsunción equivale a una mera reducción.¹⁰

Una segunda línea de pensamiento muy difundida parte del problema de la distinción entre hecho y derecho en el objeto del juicio, que a su vez es una importante premisa en la definición de los límites del juicio de casación.¹¹ Desde este punto de vista emerge uno de los puntos nodales del problema, no resuelto por el esquema silogístico en sentido estricto, que es el de la colocación, dentro de la estructura del juicio, del momento de la calificación jurídica de los hechos que son materia la causa. Se trata, en efecto de una operación que no encuadra en la premisa mayor del silogismo, entendida como la formulación de la norma que debe aplicarse al caso concreto, ni en la premisa menor, entendida como la determinación de los hechos comprobados. Esta dificultad es superada, según la postura predominante, sin poner en crisis las líneas generales del esquema silogístico mediante una articulación mayor de la definición de la premisa menor. En ésta son incluidos dos momentos distintos: la determinación de los hechos comprobados materia de la causa (que según el esquema tradicional agotaba el contenido de la premisa menor), y su calificación jurídica según las categorías normativas que constituyen, con un diverso carácter de generalidad, la situación jurídica que es enunciada en la premisa mayor.¹² De esta manera, se cae la tradicional identificación entre juicio de derecho y premisa mayor, por un lado, y entre juicio de hecho y premisa menor, por el otro, en la medida en la que se coloca en la premisa menor un típico juicio de derecho como lo es la calificación jurídica de los hechos. No obstante, no se hacen a menos ni la distinción entre juicio de derecho y juicio de hecho,¹³ ni la conexión silogística entre lo que se entiende como premisa mayor y lo que se entiende como premisa menor, dado que, al contrario, la adaptación antes descrita termina justamente por presentarse como una operación dirigida a mantener en línea general la validez del esquema silogístico del juicio.

b. Límites de las críticas a la teoría silogística

Las diversas posturas críticas que hemos mencionado indudablemente han abierto en el esquema silogístico tradicional una serie de problemas de una complejidad extrema, respecto de los cuales es muy difícil presentar sintéticamente todas las implicaciones. La constatación general antes

enunciada, según la cual aquellos en realidad no pusieron en una crisis radical a la doctrina del silogismo judicial, aun cuando evidenciaron sus insuficiencias, induce, por otra parte, a considerar cuáles son los límites efectivos de sus alcances.

Un primer límite esencial se desprende del no haber comprendido adecuadamente la que es, al contrario, una peculiaridad fundamental de la doctrina del silogismo judicial, consistente en el hecho de que ésta propone el modelo lógico de la decisión sin distinguir entre la actividad que el juez realiza para alcanzar la decisión y el razonamiento justificativo que es expresado por la motivación. En realidad, la doctrina del silogismo judicial se presenta esencialmente como una teoría del juicio (es decir una teoría de la actividad decisoria realizada por el juez), pero es una teoría del juicio que se funda evidentemente sobre una teoría del modo en el cual es enunciada la decisión —es decir, una teoría de la motivación— y sobre el presupuesto de que la estructura del razonamiento decisorio coincide con la estructura del razonamiento expresado por la motivación. Por lo que consta, el vicio de la doctrina del silogismo judicial que deriva de lo erróneo de dicho presupuesto, ha sido puesto en relieve, en algunos pasajes aislados, solamente por Carnelutti,¹⁴ pero se trata de una consideración decisiva con la finalidad de valorar tanto a la misma doctrina del silogismo judicial, como a las críticas que se le han hecho a la misma. Bajo el primer aspecto, la doctrina en cuestión resulta ambigua en la medida en la que no queda claro si se trata de una teoría de la decisión, de la motivación, o de ambas. Por otra parte, es errónea si se presenta como una teoría del juicio, en la medida en la que no es posible demostrar que el razonamiento decisorio tenga una estructura silogística, mientras que sí es posible demostrar que tiene una estructura contraria. Además, es incompleta si se presenta como una teoría de la motivación, debido a que la estructura deductiva es sólo un componente de la motivación,¹⁵ en tanto que hay razones decisivas para refutarla si se presenta como una teoría de lo que la motivación debería ser.¹⁶ Finalmente, la misma doctrina carece de significado si se presenta contemporáneamente como una teoría tanto del juicio como de la motivación.

Estas breves reflexiones muestran que la naturaleza y la dirección que asume la crítica varían inevitablemente dependiendo del modo en el que se determina el significado de la teoría del silogismo judicial. Viceversa, las varias doctrinas a las que nos hemos referido antes comparten

la misma ambigüedad de la doctrina a la que se contraponen, ya sea porque no toman en cuenta esta misma ambigüedad, o bien porque las mismas se presentan frecuentemente como teorías del juicio y de la motivación. El segundo límite de las doctrinas en cuestión emerge, por lo tanto, en la medida en la que resulta que las mismas reproducen en sí mismas el vicio de fondo de la teoría del silogismo judicial, y son homogéneas respecto a ésta en la medida en la que asumen el mismo punto de vista en relación con la manera de considerar unitariamente la actividad decisoria y el proceso justificativo.

Bajo este perfil emerge un conjunto de problemas graves que no pueden ser enfrentados aquí, entre otras cosas porque su planteamiento y nivel de teoría general resulta insatisfactorio; sin embargo, vale la pena enunciar aquellas que parecen ser las aproximaciones más eficaces al problema del silogismo judicial.

Tales perspectivas son esencialmente dos: la primera se enfoca al uso que hace el juez de ese particular instrumento lógico que es el silogismo; la segunda tiene que ver con la doctrina del silogismo judicial entendida como descripción de la actividad del juez.

c. El uso del silogismo por parte del juez

En cuanto a la posibilidad de usar el silogismo en la actividad decisoria, es algo sin lugar a dudas posible, pero no se trata del único instrumento lógico necesariamente utilizable.¹⁷ Además, debe relevarse el hecho de que el silogismo puede aplicarse sólo en la medida en la que las proposiciones que el mismo debería vincular presenten determinadas características lógicas:¹⁸ ello lleva a concluir que sólo en casos excepcionales el juicio de hecho puede seguir un orden lógico de tipo deductivo,¹⁹ y que sólo raramente y dentro de límites muy restringidos un orden de ese tipo permite determinar la norma que debe aplicarse a la situación concreta.²⁰ En esencia, la utilidad de la deducción silogística en la estructura del juicio tiende a reducirse a la fase en la cual se instaaura el vínculo entre la norma ya seleccionada para solucionar la litis y los hechos comprobados, de donde se deriva la tendencia de hacer coincidir el momento operativo del silogismo con el de la subsunción.²¹ Tomando en cuenta lo anterior, la teoría del silogismo judicial es falsa si se pretende significar con ella que el juez use solamente el silogismo y que todo el juicio pueda reducirse a una

estructura silogística. Si, por el contrario, a dicha doctrina se le atribuye el significado menos intenso de descripción de la lógica del juicio, entonces es válida la acusación de la falta de completitud, debido a que dicha descripción es aceptable sólo dentro de límites restringidos que la doctrina mencionada no determina, y además tendría el inconveniente de dejar de abordar muchos aspectos relevantes de la estructura del juicio.²²

A este nivel, por lo tanto, no se trata de aceptar o de rechazar en bloque la doctrina del silogismo judicial, sino de verificar en qué medida y bajo qué condiciones ésta pueda ser asumida como descripción del uso que el juez hace del instrumento silogístico.

En relación con la utilidad del recurso al silogismo que el juez hace como un medio de juicio, deben realizarse una serie de observaciones de tipo diverso. Ante todo debe señalarse que las limitaciones apenas señaladas en torno a las condiciones lógicas de utilidad del silogismo mismo operan en el sentido de restringir de manera relevante dicha utilidad. En segundo lugar, aun cuando esas condiciones subsistan, ello no implica que la deducción sea la única forma lógica que pueda utilizarse, ni la más eficaz, y, de cualquier manera, deben tenerse en cuenta los inconvenientes que se derivan del recurrir a un instrumento poco dúctil y muy formal como lo es el silogismo. Dichos inconvenientes consisten, por un lado, en la naturaleza tautológica y en la consecuente falta de valor heurístico del silogismo,²³ y por otro lado en el riesgo de deformaciones del juicio, que está implícito en el uso indiscriminado e incauta de dicha forma lógica, como la atribución del *status* de certeza a una conclusión que en realidad no es tal, y la excesiva automaticidad y el formalismo del *iter* lógico, entre otros. En esencia, se puede decir que, en la medida en la que es más amplio el recurso por parte del juez al silogismo como instrumento de juicio, mayor será sobrevaluada su utilidad por parte del mismo juez y a la vez subvaluados sus límites y los inconvenientes que su uso inevitablemente implica.

Otro problema, además, es el del uso del silogismo como elemento de la motivación. En relación con la posibilidad de dicho uso no se plantean problemas particulares; por otra parte, también quienes —como por ejemplo Carnelutti— tienden a excluir la validez del silogismo como un instrumento de juicio, reconocen al contrario su eficacia como instrumento de control de la racionalidad del mismo juicio.²⁴ En efecto, las reservas al respecto nacen en relación con el modo en el cual el silogismo es utilizado con fines justificativos, y a las distorsiones que consecuentemente pue-

den derivarse en la estructura del discurso justificativo que constituye la motivación. Aun debiendo admitir el hecho de que el silogismo también puede ser utilizado a veces en el ámbito de dicho discurso, debe igualmente advertirse la eventualidad de abusos que se verifican cada vez que aquél es utilizado aun a falta de las condiciones lógicas necesarias, así como la posibilidad de que resulte una motivación distorsionada y desviadora. El abuso consiste en aplicar la forma de la deducción a proposiciones entre las cuales no medie la relación de lo general a lo particular y que, por lo tanto, en realidad no sean deducibles una de la otra: el resultado que deriva de ello es frecuentemente una alteración relevante del *status* lógico y del alcance semántico de las proposiciones en la cuales el juez articula el razonamiento justificativo. Las distorsiones que se desprenden de un uso inadecuado del instrumento silogístico se pueden reconducir a dos grandes categorías (incluso cuando es posible individuar una tipología más vasta): la primera tiene que ver con la estructura de la motivación, que tiende a configurarse como una cadena cerrada de pasajes lógicos necesarios e indispensables, en la cual toda conclusión intermedia, por no hablar de la conclusión final en la que consiste la decisión, tiende a presentarse como la única consecuencia correcta posible a partir de las premisas de las cuales se deriva. Una motivación que tiende a construirse con base en una estructura de este tipo implica una visión simplificadora y reductiva de los fenómenos fácticos y jurídicos, de los cuales retoma únicamente los aspectos idóneos para ser formalizados de manera deductiva. Lo que tiende a ser anulada del todo es, por el contrario, la polivalencia lógica de toda proposición, que puede ser la premisa de conclusiones diversas, o consecuencia de premisas diferentes, dependiendo la elección respectiva del uso de uno o de otro tipo de inferencia.

La segunda categoría de las distorsiones que se derivan del uso impropio de la lógica deductiva tiene que ver con el hecho de que, en la medida en la que la motivación esté más estructurada de acuerdo con el módulo silogístico, menor será la posibilidad de que emerjan perfiles esenciales en la justificación de una decisión que no se asuma como el resultado de una serie de pasajes formales. Ante todo, tienden a ponerse de lado los momentos de elección, ya sea que se trate de elecciones interpretativas o cognoscitivas en general, o bien que tengan que ver con la determinación de las premisas de las cuales descende la decisión final o la solución de las cuestiones que influyen sobre dicha decisión. Lo que en realidad es la ad-

hesión del juez a una entre muchas alternativas posibles, es presentado por el contrario como un pasaje inevitable en una cadena lógica que está regida por reglas de naturaleza determinista, de manera tal que aparece como algo necesario lo que en realidad es sólo posible.²⁵ En segundo lugar, tiende a ser excluida del razonamiento justificativo toda enunciación de juicios de valor y, en todo caso, de apreciaciones subjetivas del juez. Se trata de valoraciones que, o bien no son expresadas, o son enunciadas bajo la forma de constataciones objetivas, de datos absolutos o de lugares comunes indiscutibles, que son idóneos para ser objeto de inferencias lógicamente incuestionables. Nos hemos referido en otro lado a las razones psicológicas e ideológicas por las cuales el juez tiende a no expresar apreciaciones de este tipo; sin embargo aquí debe subrayarse que la tendencia hacia la motivación estructurada lógicamente con base en criterios rígidamente deductivos resulta ser un cómodo instrumento porque deja de lado a dichas apreciaciones, y presenta la apariencia de ser una justificación necesariamente objetiva y lógica.²⁶

El resultado de todo lo anterior es que la motivación deductiva no sólo no expresa el verdadero *iter* que recorre el juez para llegar a la decisión, sino que termina por no expresar siquiera el procedimiento lógico y valorativo que realiza el juez en el momento en el que racionaliza *a posteriori* los fundamentos de la misma decisión: en los límites en lo que ello se realiza, la motivación se reduce a un mal ejercicio de lógica formal.

d. Las implicaciones ideológicas de la teoría silogística

Si se toman en cuenta los efectos que el uso intenso del instrumento silogístico tiene tanto sobre la estructura del juicio como sobre la de la motivación, las objeciones de falsedad o de falta de completitud que se le pueden oponer a la doctrina del silogismo judicial terminan por tener, a pesar de sus razones de fundamentación, escasa relevancia. En realidad, si esa doctrina es considerada como descripción de lo que hace el juez, en el ámbito del juicio y en el de la motivación, la misma se presenta de vez en vez como parcialmente o totalmente errónea. Sin embargo, si todas las formulaciones de la doctrina del silogismo judicial son realizadas en una forma descriptiva, es igualmente cierto que esas descripciones, en la medida en la que descuidan toda verificación empírica y buscan el modelo ideal del juicio, terminan por tener una función prescriptiva, dado que

presuponen la descripción de la estructura óptima respecto a la cual los juicios concretos deberían aproximarse.²⁷

En consecuencia, el comprender a esas formulaciones como meras descripciones significa comprender sólo un aspecto secundario del problema; aquellas deberían ser consideradas como ideologías del juicio, en buena medida porque, independientemente de las intenciones de sus autores, ese ha sido el papel histórico concreto que han tenido y en gran medida continúan todavía teniendo.

Hablar de función ideológica de la teoría silogística de los juicios significa poner en evidencia que ella busca acreditar una determinada imagen del juez, y además del juicio mismo, destinada no tanto a delinear una realidad concreta, sino más bien a indicar cuál debería ser esa realidad.²⁸ En efecto, la doctrina del silogismo judicial, más que describir al juicio, constituye un modelo abstracto e ideal de juicio: proyecta una situación en la cual la norma es un dato preexistente, en un ordenamiento positivo completo y sistematizado, cuya interpretación, de cara a la aplicación al caso concreto, consiste en una actividad esencialmente cognoscitiva²⁹ de carácter sistemático. Se presupone además, que una actividad de este tipo sea en cualquier caso necesaria y suficiente,³⁰ sin que deban intervenir operaciones y apreciaciones que no puedan ser reconducidas dentro del módulo del polisilogismo. De igual manera es configurada la estructura del juicio de hecho: en un universo de tipo mecanicista, regido por leyes generales de naturaleza causal, el conocimiento indirecto de los hechos no sólo es posible teóricamente con las características de la certeza (interviniendo en los hechos el concepto suplementario de la certeza moral), sino que incluso este tipo de conocimiento puede ser alcanzado precisamente en la medida en la que el juez use sin desviaciones los instrumentos que le son ofrecidos por la lógica deductiva.³¹ Debe hacerse notar que a una concepción similar del juicio de hecho le son congruentes y complementarios tanto la concepción de las máximas de la experiencia en cuanto reglas generales capaces de fundar el conocimiento deductivo de los hechos, como las reglas de la prueba legal que intervienen ofreciéndole al juez soluciones predeterminadas en relación con la gestión y valoración de las pruebas.³² Al plantearse de tal manera el problema de la determinación de las premisas de derecho y de hecho de la decisión, resulta posible delinear de manera igualmente mecánica y “lógica” el momento final de la decisión: frente a una premisa de hecho que necesariamente constituye una

species del *gens* regulado por una norma, la decisión es la consecuencia automática del vínculo deductivo entre el género y la especie, y está, en todo caso, implícita en el modo mismo en el cual han sido formuladas las premisas de derecho y de hecho.

Si esta es, en líneas estrictamente esquemáticas, la ideología del juicio implícita en la doctrina del silogismo judicial,³³ es también bastante evidente cuál es la ideología relativa a la función del juez que debe impartir justicia siguiendo esos ejes. Evidentemente no se trata solamente del juez *bouche de la loi* (boca de la ley) en el cual pensaban los iluministas que buscaban codificar la prohibición de interpretar la ley, ni de la imagen simplificada del juez *slot-machine* contra la cual apuntaban las ironías de los realistas norteamericanos.³⁴ La imagen juspositivista del juez que decide mediante un sistema concatenado de silogismos es más compleja, y sus aspectos peculiares están ligados a una cierta concepción del ordenamiento y del Estado, así como de la justicia y de la función del proceso.

Ante todo, se trata de un juez que decide utilizando únicamente una lógica rigurosa para resolver todos los problemas que condicionan a la decisión, comenzando por aquellos que están relacionados con la elección de la norma y de su interpretación, hasta aquellos que tienen que ver con el pronunciamiento de un determinado efecto jurídico; se trata, en consecuencia, de un juez rígidamente “neutral”,³⁵ porque tanto la norma como la lógica con la cual ésta es interpretada y aplicada, son neutrales respecto a los intereses en juego. Además es un juez “pasivo”, debido a que su tarea es sólo la de declarar, explicitándola, la solución ideal de la litis. Es, pues, un juez que no crea la decisión, sino que la “encuentra”, y no es que encuentre una decisión más o menos justa, sino que encuentra la decisión idealmente justa dentro del marco conceptual en el cual el ordenamiento por un lado, y la lógica por el otro, lo circunscriben inexorablemente.³⁶ De esta imagen del juez también son parte esencial aquellos aspectos que implícita o explícitamente excluye la imagen misma, más aun si el análisis directo de la actividad concreta que él desempeña revela, por el contrario, la constante presencia de los factores que la imagen en sí tiende a negar.³⁷ Para limitar al máximo la ejemplificación, se puede decir que entre estos factores se encuentran, entre otros: a) elecciones discrecionales en relación con la interpretación y la aplicación; b) actividades “creativas” que van más allá de la mera interpretación lógica de la norma, ya sea frente a lagunas como frente a las así llamadas “normas en

blanco”,³⁸ actividades que, en general, se dan en relación con la selección de la norma y la determinación de su significado; c) apreciaciones de valor; d) condicionamientos sociopsicológicos e ideológicos que influyen en la valoración de los intereses involucrados en la litis, y así sucesivamente. La imagen en cuestión excluye, por lo tanto, que el juez pueda no ser neutral, entendiéndose como no neutralidad la posibilidad de tomar conscientemente partido frente al conflicto social y económico respecto del cual la controversia es su expresión jurídica; esa imagen excluye además, que el juez deba asumir una actitud activa en relación con las situaciones mencionadas y en el sentido de crear una decisión que no tome tanto en cuenta mecanismos lógico-formales, sino más bien las exigencias de justicia sustancial del caso concreto (exigencias que, por otra parte, no son necesariamente *praeter legem* o *contra legem*).³⁹

Frente a una representación de la función del juez que presenta características similares, no tiene sentido preguntarse si ésta es verdadera o falsa, o en qué medida lo sea. Por el contrario, tiene sentido constatar que la misma es coherente con una ideología específica del ordenamiento y de la justicia, misma que la determina fuertemente, y que, por lo tanto, debe ser considerada no como una descripción de la actividad del juez, sino como una ideología de la función del juez.

Consideraciones en gran parte análogas valen también en la medida en la que la doctrina del silogismo judicial sea entendida como una teoría de la motivación. Asumido el vínculo total que dicha doctrina presupone entre la motivación y el juicio, es obvio que también en relación con la motivación se vuelven a presentar las mismas reflexiones que ya hemos anticipado en relación con el papel que la misma juega como ideología del juicio y del juez. Sin embargo, se presentan ulteriores aspectos de naturaleza ideológica en relación con el problema específico de la motivación. Si se considera que ésta no es otra cosa más que la fiel expresión del *iter* lógico-deductivo que ha producido la decisión, debe concluirse que la motivación misma no es configurada como el medio que utiliza el juez para justificar la decisión volviéndola aceptable (aunque también discutible) según los criterios de justicia presentes en una cierta sociedad en un determinado momento histórico,⁴⁰ ni, mucho menos, es un instrumento de persuasión de las partes o del público en general en relación con la “justicia” o la “bondad” de la decisión.

La motivación, en la medida en la que está rigidamente estructurada según una combinación de pasos lógicos indudables, se presenta más

bien como un modo para imponer la decisión, reforzando su autoridad formal y sustancial, en el sentido de que tiende a demostrarla, más que a justificarla, poniendo en evidencia sus características de necesidad racional. En sustancia, una motivación concebida de esta manera, tiende a demostrar que la decisión es la única solución posible de la controversia: es un medio para eliminar el posible disenso, más que para suscitar un consenso crítico.⁴¹ La función ideológica de la imagen deductiva de la motivación se evidencia además también si se considera el problema desde el punto de vista de la exigencia, a la cual responde la motivación, de permitir un control externo sobre la validez de la decisión. Una motivación en la cual domina el elemento lógico formal evidentemente no permite otra cosa más que un control de coherencia lógico formal, que abarca sólo la validez de las operaciones deductivas en las cuales el juez articula su propia demostración. De hecho, en tanto más estrecho sea el nexo deductivo que vincula la decisión con los presupuestos de hecho y de derecho fijados por el juez, más formal se vuelve el control, y resulta más claro y necesario el paso de las premisas a la decisión. De esta manera, la intensidad de la formalización sistemático-deductiva de la motivación establece los límites del control que se tiene sobre los fundamentos reales de la decisión, y determina el grado de eficacia de la motivación como instrumento de imposición autoritativa de la decisión misma. Ese grado de eficacia que será mayor en la medida en la que más difícil sea superar el nivel de una verificación meramente formal de la coherencia lógica de la decisión *iuxta propria principia*. La función ideológica de la doctrina que estamos examinando en relación con la motivación se concretiza, por lo tanto, en la tendencia a hacer que la motivación se base en vínculos deductivos, excluyendo en la mayor medida posible los momentos de elección discrecionales, de incertidumbre teórica y de valoración contingente; el objetivo es el de presentar a la decisión como necesaria e inevitable, volviendo a su fundamento inatacable al menos desde el perfil —que por lo demás es de un dominio más fácil por parte del juez, y tiene, además, una menor relevancia político-social— de la mera coherencia formal. La función prevaleciente de la motivación tiende a ser, por lo tanto, la de restringir el eventual disenso en relación con los criterios de juicio y de su aplicación, que la misma motivación no permite conocer, y la de inducir automáticamente el consenso en torno a una decisión que tiende a presentarse como la única consecuencia posible de las condiciones existentes en el caso concreto.

Si se toma en cuenta todo lo anterior, las consecuencias deformadoras que se producen sobre las estructuras del juicio y de la motivación, como efecto del abuso del instrumento silogístico, dejan de presentarse como simples inconvenientes y se configuran, por el contrario, como instrumentos respecto a la consecución de los objetivos que las mencionadas ideologías del juicio y de la motivación se proponen implícitamente. Éstos también pueden explicarse históricamente con la falta de instrumentos conceptuales idóneos. En todo caso, su presencia no accidental, ni debida al hecho de que los autores de la doctrina referida no hayan tenido, o no tengan, una percepción adecuada de la realidad del juicio, sino que es más bien funcional respecto del rol ideológico o prescriptivo que el modelo silogístico indudablemente ha jugado.

Sobre el plano de la motivación, que es la que nos interesa mayormente, se ha tratado ciertamente de una influencia sensible: las acusaciones de escolasticismo, de formalismo, de excesiva distancia de las exigencias del caso concreto y de excesiva tendencia a la construcción lógico-jurídica, que desde varias partes se han dirigido al estilo que se da a las motivaciones, son en gran medida fundadas, y ponen en evidencia una serie de fenómenos que, habiéndose perpetuado hasta nuestros días, han contribuido de manera relevante a la difundida aceptación que los jueces han tenido de la concepción silogística del juicio y de su justificación.

2. LA TEORÍA TÓPICA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Entre las tendencias más recientes en relación con la naturaleza del razonamiento jurídico, tiene un lugar de notoria relevancia la tesis expuesta por Theodor Viehweg en una conocida obra,⁴² según la cual la estructura fundamental del pensamiento jurídico es tópica. Dicha tesis parte de la contraposición, desarrollada por algunos filones de la filosofía alemana,⁴³ entre pensamiento sistemático y pensamiento problemático, integrándola además con la referencia a la forma que este último ha tenido históricamente en el ámbito del derecho, es decir a la tópica, a lo largo de su evolución desde el pensamiento aristotélico y ciceroniano hasta la influencia que jugó en la formación del *mos italicus* y a la revalorización que de la misma hizo Vico. La conclusión a la que Viehweg llega a partir de lo anterior, es, precisamente, que la jurisprudencia tiene una

estructura problemática, cuyas líneas coinciden esencialmente con las del razonamiento tópico. Se trata de una postura rica de implicaciones en el ámbito de la teoría general del derecho y de la metodología jurídica, que no pueden ser abordadas en este espacio.⁴⁴ Al contrario, resulta necesario considerar si, y en qué medida, la afirmación de la naturaleza tópica de la jurisprudencia tenga relevancia en relación con la identificación de las características esenciales del razonamiento del juez, ello debiendo tener presente que la tesis de Viehweg, en la medida en la que se presenta como la descripción del razonamiento jurídico en general, se plantea también como una teoría del razonamiento del juez.⁴⁵ En efecto, el punto en relación con el cual dicha tesis resulta sin duda convincente tiene que ver con la demostración de cómo, en realidad, el razonamiento jurídico no se desarrolla a lo largo de líneas rígidamente deductivas y un sistema cerrado de conceptos jurídicos, como en cambio era planteado por la *Begriffsjurisprudenz*. Sobre lo que, por el contrario, queda duda es que por lo tanto el razonamiento jurídico no puede describirse de otra manera más que como razonamiento tópico,⁴⁶ ya sea porque entre pensamiento sistemático y pensamiento problemático no existe la rígida contraposición que dicha solución presupone,⁴⁷ o bien porque, aun cuando se rechace la configuración estrictamente sistemático-deductiva del razonamiento jurídico, no se desprende necesariamente la validez de su configuración tópica.

Además subsisten muchas otras reservas en relación con la posibilidad de asumir la teoría en examen como representación del pensamiento del juez. El problema debe también ser analizado de manera separada respecto al juicio y a la motivación, aun cuando el mismo Viehweg y todos aquellos que retomaron sus opiniones, tienden a considerar de manera prevaleciente el aspecto que tiene que ver con la configuración tópica del razonamiento decisorio.

a. Esbozos críticos sobre la teoría tópica de la decisión

La primera y fundamental reserva en relación con el alcance de la tesis bajo examen respecto a la definición de la estructura del juicio, nace del hecho de que ésta, en sus versiones más rigurosas, no se presenta como un modelo del juicio, sino solamente como la indicación de un procedimiento de elección de las premisas y de los criterios que se utilizarán en el

juicio.⁴⁸ En otras palabras, es retomada la antigua definición de la tópica como *ars inveniendi*, diferente y distinta de la *ars iudicandi*, que por su parte permite la elaboración lógica y la aplicación de los resultados de la *inventio* tópica.⁴⁹ De lo anterior se deriva que la estructura del *modus iudicandi* no está definida específicamente por la conexión con una fase de carácter tópico, por lo cual se presenta un espacio muy amplio para las operaciones lógico-jurídicas tradicionales —que no excluye la deducción silogística—, particularmente si se hace referencia a la concepción aristotélica de la tópica.⁵⁰ Viceversa, la definición del razonamiento jurídico como *inventio* tópica se presenta como una teoría del modo en el cual el juez determina las premisas del juicio, y dentro de estos límites tiene un significado que se puede sintetizar de la siguiente manera: a) tales premisas no son elegidas dentro de un sistema completo, ordenado y cerrado de proposiciones que tienen un significado definido de manera unívoca; por otra parte, se trata de premisas que no son ni siquiera deducidas lógicamente a partir de presupuestos fijos;⁵¹ 2) por el contrario, las mismas son escogidas, en el ámbito de múltiples *topoi* disponibles,⁵² al margen de todo vínculo necesario. En todo caso, la elección del *topos* no podría ser determinada lógicamente debido a que el *topos* es una aserción de un significado ampliamente indeterminado, variable, no definible de manera rigurosa,⁵³ y, por otra parte, la única forma de organización de los *topoi* no es ni el sistema conceptual ni la concatenación lógica, sino sólo el listado, el catálogo abierto, la yuxtaposición con base en la atingencia a problemas o materias.⁵⁴

Habiendo definido el papel de la tópica como instrumento heurístico, es necesario verificar si en realidad el juez utiliza esencialmente un *modus inveniendi* de carácter tópico, y si una determinación de este tipo sea significativa para los fines que tiene el razonamiento decisorio. Al respecto, se manifiestan, por otra parte, diversas incertidumbres, debidas esencialmente al hecho de que dicha definición, en tanto que expresa indudablemente un núcleo de verdad en relación con el modo en el cual el juez fija las premisas del juicio, tiene tales márgenes de indeterminación que en buena manera deja en la oscuridad la naturaleza específica de dicha actividad.⁵⁵ En primer lugar, por ejemplo, decir que el juez hace uso no sólo de conceptos jurídicos sistemáticamente determinados, sino también a lugares comunes y a “puntos de vista” dotados de una cierta veracidad como para ser aceptados entre un determinado conjunto de individuos,⁵⁶ signi-

fica señalar un aspecto importante del *iter* lógico que sigue que juez y que se concretiza en el uso de las nociones del sentido común, además de los principios generales, axiomas y conceptos de la ciencia jurídica. Por otra parte, ello no es otra cosa más que la afirmación de que el juez opera de conformidad con la cultura —en sentido lato—, jurídica y no jurídica, de su tiempo y que ésta influye en la decisión, aun cuando se trate de “puntos de vista” más que de “conceptos”. En efecto, es difícil no coincidir con la opinión de quien considera que la definición tópica del razonamiento jurídico no hace otra cosa más que describir un aspecto bastante banal de la actividad que el juez siempre ha realizado, sin agregar nada ni a dicha actividad ni al conocimiento de la misma.⁵⁷ La función de dicha definición es por lo tanto positiva en la medida en que señala un aspecto relevante del modo en el cual opera el juez, pero es bastante escasa en cuanto descripción exhaustiva de la actividad del juez y, además, en los términos en los cuales es generalmente planteada, no va más allá de ser una mera aserción en torno a la existencia del perfil no sistemático del razonamiento del juez.⁵⁸

En segundo lugar, debe subrayarse también que un importante factor de ambigüedad de la postura que se discute deriva del hecho de que la noción misma de *topos* es incierta.⁵⁹ En efecto, de por sí la noción de lugar común o de punto de vista pone en evidencia únicamente características extrínsecas que pueden reducirse esencialmente a dos: la no rigurosa determinación del significado, y el fundamento sobre la *communis opinio*. En relación con los contenidos que puede tener esa noción, se contraponen las posturas más diversas: por un lado, en aquellas en las que la referencia a la tópica antigua y del Renacimiento es más fuerte, es más evidente la remisión a catálogos de *loci* que han tenido un estudio bastante amplio, pero que fueron eminentemente listados desordenados y casuales de aforismos inherentes al derecho, sustancial y procesal, y a las formas clásicas de argumentación lógico-jurídica o de lógica en general.⁶⁰ Por otro lado, en la medida en la que es más evidente el intento de modernizar la noción de *topos* jurídico, se presenta una especie de oscilación entre una visión reductiva, en la cual entrarían sólo las máximas y los principios jurídicos,⁶¹ y una visión amplísima, tal vez más aceptable, pero demasiado genérica, en la cual entran prácticamente todos los criterios de juicio a los cuales podría recurrir el juez.⁶² Algún intento de precisión, como por ejemplo el que apunta a definir como contenido del *topos* jurídico las reglas de

apreciación ético-política o económica de los hechos⁶³, o el que tiende a hacer coincidir el *topos* con las cláusulas generales propias del derecho privado,⁶⁴ no han resuelto la incertidumbre de fondo, siguen siendo misteriosos tanto el carácter del acto mediante el cual el juez determina cuál es la premisa relevante, como la naturaleza del procedimiento con el cual el problema es resuelto a partir de esa premisa.⁶⁵

Sin embargo, intentando enfrentar esas dificultades, encontramos juicios muy positivos en cuanto a la función heurística que el método tópico ejerce en el marco del razonamiento jurídico, en el sentido de que éste permitiría una más fácil y rápida formulación de los términos de la litis bajo los diversos puntos de vista mediante los cuales ésta puede ser resuelta.⁶⁶ Por otra parte, una utilidad heurística de este tipo encuentra, si está referida al juez, algunos límites fundamentales: ante todo, en muchos casos no existe un *topos*, sino que existen varias opiniones o puntos de vista contrastantes, entre las cuales el juez debe realizar una elección de cara a la decisión; en esta situación, la utilización de lugares comunes es imposible o del todo inútil. Además, la prevalencia de la eficacia reproductiva en perjuicio de la eficacia productiva⁶⁷ del método tópico provoca que éste, más que producir soluciones originales, opere en el sentido de conducir la elección de criterios de juicio en el ámbito ya conocido, es decir, que limite esa elección a las opiniones ya consolidadas y prevalecientes. No cabe duda, entonces, que se trata de un método útil para la determinación de *un* criterio de juicio, pero éste tiende a encaminar la elección en el sentido más conformista, reduciendo las posibilidades de nuevos planteamientos respecto de las cuestiones que el juez debe resolver. Es necesario agregar, además, que también dentro de los límites dentro de los cuales el procedimiento tópico puede manifestarse de manera útil, una limitación muy relevante deriva del hecho de que éste no puede funcionar como un método para descubrir la verdad,⁶⁸ ya sea porque el *topos* es solo uno de los posibles puntos de vista sobre el problema, pero no tiene en sí ningún contenido de verdad, o porque, en consecuencia, no tiene sentido hablar de verdad o de falsedad en relación con los *topoi*. No es necesario detenerse adicionalmente en relación con los aspectos apenas mencionados; éstos sirven, sin embargo, para mostrar que, incluso desde la perspectiva que a juicio de algunos permitiría señalar la mayor bondad del método en cuestión como un instrumento de decisión, en realidad éste termina por mantenerse ajeno a la decisión misma, pre-

sentándose casi exclusivamente como un modo para poner en evidencia elementos de los cuales el juez podría servirse eventualmente con la finalidad de formular la decisión de la litis. Por otra parte, también dentro de estos límites el valor de la referencia a la tópica corre el riesgo de reducirse a algo muy menor, ya que decir, por ejemplo, que el juez toma en cuenta, o debe tomar en cuenta, los principios y los conceptos jurídicos relevantes para el *thema decidendum*, así como de las diversas opiniones que eventualmente existen al respecto, significa reducir el problema del juicio a una serie de constataciones obvias. En la medida en la que, por el contrario, la atención se pone en el uso que el juez hace de criterios de juicio extranormativos o en todo caso integradores de la norma, se aprecia efectivamente uno de los aspectos más complejos y problemáticos del juicio, pero se constata también cómo la referencia a la tópica proporcione solamente una terminología meramente exterior y convencional.⁶⁹

b. Tópica y lógica en la motivación

Consideraciones en gran medida diversas deben hacerse, en cambio, en relación con la utilidad que la referencia a la tópica puede tener respecto del análisis de la motivación. Al respecto debe precisarse inmediatamente que la teoría tópica aplicada al discurso que el juez realiza para justificar la decisión⁷⁰ puede abordar dos aspectos: por un lado, puede referirse a la determinación de las premisas que el juez utiliza como fundamento del discurso justificativo; por el otro, pone de relieve el papel que los *topoi* pueden tener en el contexto de las argumentaciones que constituyen la motivación. En relación con el primer punto, valen las mismas consideraciones que hicimos antes en relación con la escasa utilidad de la configuración tópica en la elección de las premisas del juicio, ya sea en relación con la no exclusividad de ese esquema como modelo de las operaciones que el juez realiza, como en relación con los límites que el mismo presenta como representación estructural de dichas operaciones. Por lo que hace más específicamente con la elección de las premisas sobre la que se funda la motivación, debe agregarse además que calificar como tópica esa elección significa dejar abierto el problema ulterior del modo con el cual aquella debe ser a su vez justificada en el contexto de la misma motivación que contribuye a fundamentar. La observación en el sentido de que la doctrina tópica no constituye

un modelo ni siquiera para la fase que tiene que ver con la determinación de las premisas de las cuales parte el razonamiento del juez vale, en todo caso, en línea general, también en el ámbito de la motivación además del ámbito de la decisión.

Al contrario, es más complejo el problema relativo al papel que el razonamiento tópico juega como instrumento argumentativo. Ante todo debe precisarse que la argumentación tópica no agota la estructura del razonamiento justificativo, sino que representa solamente uno de los módulos argumentativos en los cuales puede articularse la motivación. Esta limitación debe plantearse no sólo porque la motivación puede tener un carácter que es, de manera más o menos amplia, sistemático-deductivo,⁷¹ sino también porque la oposición entre razonamiento tópico y razonamiento sistemático no es rígida, y en todo caso esa dicotomía no agota la tipología de los posibles instrumentos lógicos que puede utilizar el juez para justificar la decisión. Adicionalmente, no se puede ni siquiera asumir al razonamiento tópico como un esquema argumentativo dotado de peculiaridades lógicas precisas: por un lado, si se sigue la concepción aristotélica que vincula la tópica a la dialéctica como lógica del razonamiento fundada en premisas opinables, debe concluirse que la relativa argumentación puede hacer uso de todos los instrumentos lógicos, siendo la única peculiaridad la que tiene que ver con la naturaleza de las premisas, pero sin que de ella se derive ninguna calificación en relación con la estructura lógica del argumento tópico.⁷² Por otro lado, si se sigue la concepción ciceroniana, que diluye la tópica en la praxis de la argumentación retórica, desvinculando el problema de toda connotación lógico-filosófica,⁷³ se debe hacer hincapié no en las estructuras lógicas de la argumentación, que pueden descuidarse, sino en las técnicas de persuasión dirigidas a obtener el asentimiento del auditorio.⁷⁴

Por lo tanto, a pesar de que no pueda considerarse al razonamiento tópico ni como modelo de motivación, ni como un específico esquema lógico justificativo, debe reconocerse que la teoría tópica de la argumentación jurídica permite poner en evidencia, en el contexto de la motivación, sobre una serie de factores relevantes respecto a la finalidad justificadora a la cual se encamina, y que escapan en gran medida a un análisis puramente lógico-deductivo de su estructura formal. Además, la importancia del aspecto que es puesto en evidencia al considerar a la motivación desde la óptica del método tópico, es mayor en la medida en la que sea muy

frecuente el uso, por parte del juez, de expedientes justificativos que sean identificables y analizables en calidad de *topoi* de la argumentación con la cual es justificada la decisión.

Al respecto, la ejemplificación es muy sencilla, ya sea con base en la tópica antigua, que con base en la de sus versiones modernas: un primer grupo de *topoi* está, por ejemplo, constituido por los argumentos tradicionales de la lógica jurídica, como el *argumentum a simili*, *a pari*, *a maiori*, *a minori*, *a contrariis*,⁷⁵ y así sucesivamente, a los cuales pueden agregarse también algunos tipos de argumentos importados de la lógica general.⁷⁶ Un segundo grupo, sin duda más amplio, puede comprender a los *topoi* constituidos por principios generales del derecho, ya sea traducidos en normas positivas o bien en reglas *standard* de valoración, por máximas tomadas de los precedentes jurisprudenciales o de las tendencias doctrinales,⁷⁷ por nociones del sentido común relativas a fenómenos no jurídicos,⁷⁸ por criterios de valoración ética, económica y social consolidados en la *communis opinio*,⁷⁹ y así otros más. Finalmente, un tercer grupo puede estar constituido por expedientes argumentativos de naturaleza más estrictamente retórica, es decir, dirigidos esencialmente a suscitar un consenso que no es mediado racionalmente, como por ejemplo, el citar un caso límite con una función emotiva, la *reductio ad absurdum* también planteada de manera emotiva, el *argumentum ex auctoritate*, etcétera.⁸⁰

La amplitud de estas categorías, y la extrema variedad de *topoi* que éstas comprenden, podrían inducir a considerar que una grandísima parte del discurso jurídico, y el particular del discurso que el juez despliega en la motivación, se articula efectivamente con base en la argumentación tópica, quedando en consecuencia muy restringido el espacio que le corresponde a la lógica pura y a la argumentación jurídica de tipo sistemático; en realidad, planteado el problema en estos términos, sería necesario reconocer que la calificación de “tópico” se ajusta a casi la totalidad del discurso jurídico en general, y al de la motivación en particular. La cuestión más relevante, sin embargo, no es esta, que de por sí se resuelve en la atribución de una etiqueta escasamente significativa; lo que interesa es, al contrario, establecer si con esa atribución se resuelve el problema de la naturaleza del discurso justificativo que el juez despliega en la motivación, y si, en particular, el detalle de que la gran parte de ese discurso que es “tópico” sea idóneo para excluir la validez de un diverso análisis lógico-estructural del discurso mismo.

Ahora bien, no tanto el análisis del concepto abstracto de tópica y de *topos*, sino más bien la consideración concreta de lo que es usado como *topos* y la relativa modalidad de su uso, induce a plantear dudas muy graves tanto sobre la autonomía de tales conceptos como sobre la posibilidad de esa alternativa.

Al respecto puede resultar significativa la reflexión a partir de algún ejemplo. Ante todo, si bien es legítimo considerar como *topoi* de la argumentación jurídica a los *argumenta* tradicionales de la lógica jurídica, es sin embargo evidente que ello no demuestra su natural falta de lógica, ni excluye que un análisis a partir de una perspectiva lógica permita poner en evidencia su estructura racional y formal. Los estudios realizados en esa dirección en torno al *argumentum a simili* han demostrado ampliamente la complejidad lógica,⁸¹ frente a la cual su mera clasificación como *topos* resulta sin duda simplificadora; por otra parte, los análisis del mismo tipo realizados sobre algunos de los otros *argumenta* clásicos demuestran, a su vez, que se trata de *topoi* que implican estructuras lógicas determinadas, cuya naturaleza define la función que éstos tienen en el contexto argumentativo en el que son usados.⁸²

Aun más equivocada es la calificación meramente tópica de los elementos que se encuadran en la segunda de las categorías antes apuntadas, en la medida en la que se trata de factores cuya función en el contexto justificativo no está definida a nivel de argumentación tópica, sino a nivel de análisis lógica, jurídica o epistemológica. Por ejemplo, el principio *res judicata pro veritate accipitur* no despliega eficacia en cuanto *topos*,⁸³ sino en la medida en la que implica la referencia a las normas que definen y regulan la cosa juzgada en un ordenamiento positivo determinado, y no tiene un significado diverso del que tales normas nos permiten atribuirle al mismo. Por otra parte, los principios generales del derecho no obtienen su validez y aplicabilidad del hecho de poder ser calificados desde el punto de vista tópico, sino a partir de la función que juegan en el ámbito de una determinada técnica o praxis interpretativa, de manera tal que se puede decir que los mismos operan en el razonamiento jurídico de acuerdo con las modalidades y dentro de los límites definidos por las características de una cierta metodología hermenéutica.⁸⁴

Estos pocos ejemplos, entre los muchos que se podrían citar, muestran que muy frecuentemente lo que es definido como *topos*, es en realidad una inferencia, un concepto o una noción, cuyo rol probable en el razona-

miento jurídico puede ser definido a partir de las características que los mismos presentan desde el punto de vista del análisis lógico o lógico-jurídico. Por un lado, entonces, esos factores entran dentro del razonamiento justificativo sólo en las modalidades que les impone su estructura racional, y solamente cuando subsisten las condiciones de validez de su uso; por otro lado, la estructura global del razonamiento justificativo está condicionada en gran medida por la de los argumentos que lo componen, mientras que su misma validez lógica, y por lo tanto también la eficacia justificativa, dependen de la validez lógica del argumento en lo individual dentro del ámbito de la motivación.⁸⁵

La misma ejemplificación muestra, además, que gran parte de lo que se define como tópico es en realidad susceptible de un análisis lógico que permite poner en evidencia estructuras también muy complejas. Al respecto, vale la pena hacer dos precisiones: la primera es que estas estructuras no son necesariamente de tipo deductivo, e incluso llegan a ser tales en muy rara ocasión, lo que a la vez demuestra una vez más que la alternativa entre tópica y lógica (deductiva) está mal planteada, y también explica la presencia de amplios márgenes de elasticidad del razonamiento justificativo aun cuando esté estructurado lógicamente. La segunda precisión es que el análisis lógico, necesariamente formal, no agota la naturaleza del *topos* ni la del razonamiento tópico en general; por otra parte, lo que queda como remanente, para decirlo de algún modo, de la argumentación tópica luego del análisis lógico, es el componente estrictamente retórico de dicha argumentación.⁸⁶ En consecuencia, en la perspectiva encaminada a descubrir el esquema racional que le subyace al *topos*, la argumentación que se funda sobre éste tiende a resolverse en dos elementos: la estructura lógica del *topos* y da la inferencia que éste propicia, y el componente retórico-persuasivo, que se inserta en los márgenes de indeterminación y de carencia estructural lógico-semántica que el mismo *topos* puede presentar.

Tomando en cuenta todo lo anterior, la constatación que antes anticipábamos, en el sentido de que a gran parte de la motivación debe reconocérsele un carácter tópico, asume un significado más intenso, y es posible redimensionar el peso que se le reconoce a la argumentación tópica en el contexto del razonamiento justificativo.

Desde un primer punto de vista la aseveración de que los argumentos antes señalados son usados como *topoi* justificativos puede significar que ellos, aun teniendo una determinada estructura lógico-jurídica, son

utilizados por fuera de las condiciones y de los modalidades de uso que la misma impone. El uso tópico de un argumento o de un principio significa entonces la reducción del mismo a un lugar común, con todas las características de imprecisión, de ambigüedad y de variabilidad que son propias de los lugares comunes. Cuando, como ocurre con frecuencia, el *topos* no es otra cosa más que una versión muy burda de un módulo lógico, de un principio jurídico o de una aserción de contenido cognoscitivo o valorativo, no se puede hablar de una especial forma de argumentación, sino solamente de una especie de aproximación, más o menos genérica y vaga, dependiendo de los casos, a la que sería la justificación lógica realizada a partir de un uso riguroso de los elementos en cuestión. Por otra parte, como ya se ha subrayado, los márgenes de divergencia entre las formas tópica y lógica de argumentación se resuelven no tanto en la individualización de características y de funciones peculiares de la argumentación tópica, como en una acentuación del aspecto persuasivo que su presencia introduce en el contexto del discurso justificativo.⁸⁷ Esta función característica de la argumentación tópica se revela de manera particularmente clara en el uso de aquellos *topoi* que están alejados de las formas lógico-jurídicas como, por ejemplo, el *argumentum ex auctoritate* o el uso persuasivo del recurso al caso límite. La distinción lógica y tópica no se puede poner, por lo tanto, como distinción entre campos diversos de operación y de competencia relativa, sino solamente como distinción entre dos modalidades de uso (eventualmente concurrentes) de los elementos que pueden entrar en el discurso significativo. Además, no se trata ni siquiera de una distinción rígida desde el momento en que la estructura de la argumentación tópica puede aproximarse, en diversa medida, dependiendo de los casos, al modelo de la correspondiente argumentación lógica, y en consecuencia puede tener ella misma una estructura lógica más o menos intensa y claramente identificable.⁸⁸ Por el contrario, también la misma argumentación lógica puede, en diversa medida, aproximarse a la argumentación tópica: ello no sucede ciertamente cuando se trata de deducciones en un sentido estricto, pero puede verificarse en los casos en que se trate de procedimientos inductivos (vista también la variedad de formas que los mismos ofrecen) o de la lógica deliberativa,⁸⁹ o también de los modelos argumentativos que tradicionalmente le son notorios a la lógica jurídica.

c. El papel del razonamiento tópico en la motivación

La constatación de la no impermeabilidad entre tópica y lógica no agota, en todo caso, el problema del papel que la argumentación tópica puede jugar en el contexto de la motivación. Ese papel reúne en sí una connotación positiva y una connotación negativa, de manera que su definición no puede alcanzarse de manera satisfactoria de manera abstracta, sino solamente con base en la mayor o menor relevancia que cada una de esas connotaciones asumen en los casos concretos.

La connotación positiva tiene que ver esencialmente con tres aspectos. El primero se refleja principalmente en el plano lingüístico del discurso justificativo, en el sentido de que la presencia de lugares comunes, entendidos como la expresión en términos del lenguaje común y corriente de determinados principios, instaura un vínculo más accesible entre el discurso del juez y el público de quienes no son técnicos del derecho.⁹⁰ En otras palabras, el *topos* lingüístico puede convertirse en el trámite para la comprensión del discurso del juez en el ambiente social general, comprensión que estaría reservada a los “expertos” si el lenguaje de la motivación fuera exclusiva y rigurosamente técnico-jurídico o técnico-científico. Por otra parte, el *topos* puede constituir una mediación, siempre en función de una mejor comprensibilidad, también en el sentido de volver comprensibles en el plano del sentido común, nociones y conceptos que no serían tales si fueran presentadas en su versión “pura” y rigurosa. Por lo tanto, bajo ambos perfiles, el uso tópico de los materiales justificativos puede servir para extender el campo de los posibles “usuarios” de la motivación, eliminando obstáculos semánticos y culturales, y puede, por ello, configurarse como un medio para extender las posibilidades de control externo sobre la motivación.⁹¹

El segundo aspecto no tiene que ver con la noción general de *topos*, sino con su definición como formulación sintética de valores y de actitudes de fondo que están presentes en la *communis opinio* que representa el ambiente sociopolítico en el cual se insertan tanto la decisión como la motivación.⁹² Cuando el *topos* presenta estas características, su papel puede ser, por un lado, el de adecuar el juicio y la motivación a las posturas sociales predominantes y, por otro lado, el de plantear dichas posturas en la función de elementos relevantes tanto para la decisión como para su justificación. En el plano de la motivación, ello puede traducirse

no sólo, una vez más, en un factor para una mejor comprensibilidad, sino en una conexión entre los valores que son utilizados por el juez y los que están presentes en el ambiente social. Ello significa que la decisión puede ser justificada no sólo con base en una *ratio* abstracta y formalista, sino también con base en sus implicaciones metajurídicas, que deben encontrar correspondencia en las posturas de fondo, también a su vez metajurídicas, de la sociedad. Ello significa, además, que el *topos* puede servirle al mismo juez como un instrumento de control de la validez de su discurso frente a tales posturas y, análogamente, con la finalidad del control externo de ese discurso en la misma perspectiva.⁹³

El tercer aspecto positivo de la argumentación tópica se sintetiza en el hecho de que ésta puede constituir un elemento de ruptura con el logicismo abstracto que constituye, al menos, un peligro que frecuentemente está presente. En la medida en la que se pueda decir que en el *topos* prevalecen los factores de razonabilidad y de equidad,⁹⁴ se desprende que la relativa argumentación le da preeminencia a estas características, en antítesis a la lógica dogmática; por otra parte, si, como se ha visto, el logicismo deductivo en el ámbito de la motivación con frecuencia es engañoso, es necesario considerar como algo positivo una apertura en el sentido de lo “razonable”.⁹⁵ En esta perspectiva, por otra parte, se vuelve posible una recuperación de aquellas características de vaguedad y de indeterminación que constituyen, al contrario, los aspectos negativos del *topos* desde el punto de vista lógico-científico, debiendo tener presente que aquellos no son positivos en sí, sino sólo en la medida en la que abren un espacio en el cual la argumentación puede desvincularse del formalismo y operar, en el plano de la razonabilidad, la doble mediación, semántica, cultural y valorativa, a la que hemos apenas hecho referencia.

Por lo que hace a la connotación negativa del papel que la argumentación tópica puede jugar en el contexto de la motivación, ésta puede articularse también en tres diversos aspectos, todos ellos vinculados de manera variada al componente más típicamente retórico-persuasivo de la tópica.

El primero de esos aspectos se deriva del hecho de que la argumentación tópica es eficaz en la medida en la que haya un consenso previo, difundido a nivel general o al menos en un cierto grupo social, en relación con el lugar común.⁹⁶ De lo anterior se desprende que el punto fuerte de esa argumentación en esencia no es otra cosa más que la adhesión conformista del juez a las opiniones (o a los prejuicios) comunes.

Bajo este aspecto, la justificación tópica no es una manera de mostrar que la decisión es en sí justa o jurídicamente correcta, sino que constituye una forma de inducción del consenso, misma que se manifiesta mostrando que la decisión no es discordante respecto de los lugares comunes jurídicos y no jurídicos, y que, por lo tanto debe ser aceptada por el ambiente social. La decisión se presenta, por lo tanto, como aceptable, y por lo tanto justificada, en la medida en la que es conformista. Debe hacerse notar, además, que este mecanismo opera exclusivamente a partir de la conformidad de lo que asevera el juez con la ideología prevaleciente, y no tiene que ver con ni con el fundamento lógico-jurídico de la decisión, ni con la posibilidad de someterse a un análisis crítico.⁹⁷ En dicha perspectiva, la tópica no se presenta como un factor de apertura hacia las posturas metajurídicas presentes en la sociedad, sino como un factor de exclusión de las instancias que plantean la superación de los lugares comunes consolidados.

El segundo aspecto negativo del papel que juega la tópica en el ámbito de la argumentación jurídica consiste, esencialmente, en el hecho de que el uso del *topos* en la solución de un determinado problema, así como en la justificación de la solución adoptada, equivale, en línea de máxima, a la adopción de un punto de vista simplificador y reduccionista sobre el problema mismo; ello es así, en la medida en la que el *topos* es la enunciación simplificada y aproximativa de un principio o de una regla de juicio. Ahora bien, la argumentación tópica puede jugar un papel positivo en la medida en la que evite complicaciones inútiles, favoreciendo así la reducción del discurso a los meros puntos esenciales y delimitando la necesidad de una justificación expresa de los puntos sobre los cuales no exista un consenso previo; sin embargo, también puede tener un efecto radicalmente negativo en el caso en el que se convierta en una manera para evitar dificultades reales y para proporcionar soluciones superficiales y simplificadoras a problemas que requerirían una profundización crítica rigurosa. En al ámbito de la motivación, esta tendencia reductora se traduce en el uso repetitivo de fórmulas difundidas, en la obsequiosidad frente a la autoridad, en el uso difundido de aforismos tradicionales y en la remisión al sentido común.

Finalmente, el tercer aspecto negativo de la argumentación tópica tiene que ver con el hecho de que, en la medida en la cual ésta se distancia del modelo de la argumentación lógica, o en concreto la niega y la sustituye, se actualiza un mecanismo de inducción del asentamiento externo respecto de la decisión que no se apoya en las características de justicia,

legalidad y rectitud lógica de la decisión y de las razones que la fundan, sino sobre la capacidad de provocar una adhesión de tipo emotivo e intuitivo, que no está motivado por una crítica racional.

Queda claro que convergen en este sentido los aspectos conformistas y reduccionistas antes señalados, pero lo que queda puesto en evidencia es también su posible instrumentación en el sentido de estimular reacciones irracionales de aceptación o de rechazo por parte de la opinión prevaleciente en un cierto ámbito social.

Si se toman en cuenta, por un lado, las relaciones posibles de confusión o de concurrencia de la argumentación tópica y de la argumentación lógica y, por otro lado, de las diferentes consecuencias que la presencia de la argumentación tópica puede producir en relación con la motivación, dependiendo de que sea acentuado su papel positivo o negativo en el uso concreto que de ella hace de vez en vez el juez, es posible formular algunas conclusiones de tipo general en torno a la función que la tópica puede jugar en la motivación: 1) la argumentación tópica no es un esquema argumentativo dotado de características estructurales definibles autónomamente con base en las cuales se le pueda atribuir una función específica en el ámbito del discurso justificativo; 2) *a fortiori*, no se trata ni siquiera de un esquema que pueda asumirse como modelo general de la motivación o como módulo esencial del razonamiento justificativo; 3) el recurso a la tópica no resuelve el problema de la estructura racional de la motivación; 4) éste, sin embargo, es útil para seleccionar y evidenciar una serie de elementos metalógicos que son frecuentes en la praxis concretas de la motivación, y que inciden en la posibilidad y en las modalidades de ejercicio del control externo sobre la misma motivación; la presencia de tales elementos es, por lo demás, decisiva en el sentido de poner en crisis a cualquier modelo sistemático “cerrado” de la motivación; 5) al contrario, el estudio tópico de la motivación, si bien puede integrar el análisis lógico-estructural, no puede sustituirlo y, además, tiene sentido no en el plano general y abstracto, sino en el de la investigación ideológica y sociológica de las motivaciones y de la función que éstas tienen como mecanismos de eliminación de conflictos potenciales en el ámbito de la estructura social.⁹⁸

3. LA TEORÍA RETÓRICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Entre las teorías del razonamiento del juez, y en particular de la motivación, un lugar relevante le corresponde indudablemente a la así llamada *Nouvelle Rhétorique*, que especialmente en los escritos de su fundador y máximo exponente Chaïm Perelman, encuentra una aplicación específica como representación del razonamiento del juez.⁹⁹ El hecho de que Perelman proponga un modelo retórico-argumentativo de la decisión judicial y de la relativa motivación sería ya motivo suficiente para revisarlo en este ámbito; un motivo ulterior para interesarnos en él lo constituye el hecho de que las doctrinas perelmanianas han representado, y representan todavía gracias a una peculiar coyuntura cultural que se presentó en nuestro país (Italia) a partir de los años 60,¹⁰⁰ un fenómeno de amplia resonancia, que en realidad es mucho mayor entre los filósofos que entre los juristas,¹⁰¹ que llega a condicionar el estudio de los problemas de la decisión y de la motivación.

La tesis de Perelman según la cual el razonamiento del juez no tiene una naturaleza lógico-demostrativa, sino retórico-argumentativa, de modo que la teoría de la argumentación retórica es capaz de proporcionar una descripción completa y “esencial” de dicho razonamiento, se funda en una serie de asunciones generales que no pueden ser aquí examinadas de modo extenso, y que van desde tomas de posición particulares sobre las relaciones entre la lógica y el derecho,¹⁰² pasando por la identificación de las características de especialidad del razonamiento jurídico en contraposición al razonamiento científico,¹⁰³ por la definición de la racionalidad de los juicios de valor como persuasividad de la argumentación retórica que los justifica,¹⁰⁴ a la individuación de esa argumentación como modelo de razonamiento racional típico de los ámbitos en los cuales no opera la lógica formal deductiva.¹⁰⁵

La definición del razonamiento del juez como argumentación retórica descende, también de premisas más específicas que deben ser sometidas a un análisis crítico con la finalidad de verificar la confiabilidad de la tesis según la cual el modelo retórico proporcionaría una representación exhaustiva de la motivación.

En una síntesis extrema dichas premisas pueden ser formuladas de la siguiente manera:

1. El razonamiento jurídico no puede identificarse con el razonamiento lógico-demostrativo típico de las ciencias exactas: es un razona-

miento dialéctico-práctico, relativo esencialmente a valores y a elecciones de valor. El criterio de racionalidad que puede referírsele es, por lo tanto, el de la argumentación retórica que es típica del razonamiento dialéctico valorativo, que consiste en la idoneidad para conseguir el asentimiento del auditorio que, en caso del razonamiento filosófico y del razonamiento jurídico, es un “auditorio universal”.¹⁰⁶

2. El razonamiento jurídico es el razonamiento del juez en la medida en la que éste constituye el paradigma de todo razonamiento jurídico.¹⁰⁷ Consecuentemente, el razonamiento del juez tiene una naturaleza retórico-argumentativa: ello es válido, particularmente, para la motivación cuyo único modelo aceptable es el de la argumentación persuasiva.

Se trata indudablemente de una formulación que no carece de coherencia interna. Aun más evidente es su coherencia con los presupuestos metodológicos generales a partir de los cuales la *Nouvelle Rhétorique* parte para estudiar tanto la filosofía de los valores como la doctrina de la argumentación retórica. Dicha coherencia entre la configuración del razonamiento jurídico (es decir del juez) y la teoría de la argumentación no puede causar extrañeza desde el momento en que Perelman no utilizó esta teoría para indagar sobre la estructura típica del razonamiento judicial, sino que se sirvió de la constatación de la presencia en dicho razonamiento de factores que no son lógico-demostrativos, para confirmar la doctrina de la argumentación y para demostrar su validez general y su aplicabilidad en función del modelo racional de la ciencias, así llamadas, humanas.¹⁰⁸

Una valoración exhaustiva de las tesis de Perelman en torno a la naturaleza retórico-argumentativa del razonamiento del juez requeriría discutir todos los presupuestos en los cuales ésta se funda, y en particular de las asunciones filosóficas generales que están a la base de la *Nouvelle Rhétorique*, y ello rebasa los fines de la presente investigación.¹⁰⁹ Sin embargo, vale la pena tomar en cuenta los aspectos de la doctrina de Perelman que tienen una atingencia más directa con el problema del razonamiento del juez y de la motivación.

El punto inherente a la distinción entre la estructura demostrativa y el carácter indubitable del discurso lógico-matemático, y la naturaleza “abierta” y no indubitable del discurso jurídico¹¹⁰ en sí es más bien banal. En efecto, con excepción de las declaraciones programáticas del racionalismo

jusnaturalista de derivación leibniziana, o del positivismo sistemático del siglo XIX, la imagen de una jurisprudencia *more geometrico demonstrata* siempre ha tenido un éxito bastante limitado, y no puede considerarse de ninguna manera como la concepción actualmente prevaleciente en torno al razonamiento jurídico.¹¹¹ De cualquier manera, el punto que suscita las mayores perplejidades es el que de dicha distinción se derive la demostración de la naturaleza retórico-argumentativa del razonamiento jurídico. Dicha demostración, que en el pensamiento de Perelman parece del todo obvia, se funda en realidad en dos sofismas bastante difundidos. El primero consiste en afirmar que el razonamiento jurídico, al no ser rigurosamente deductivo-demostrativo, no es lógico. No es el caso de insistir nuevamente en la demostración como dicha afirmación se basa en una concepción reductora del razonamiento jurídico; basta subrayar al respecto cómo la tesis de Perelman no parte de una reconstrucción de dicho razonamiento, sino de una aceptación acrítica del sofisma antilogicista. El segundo sofisma se refiere, por el contrario, a la *pars construens* de la doctrina perelmaniana, y consiste en considerar adecuada a la globalidad del fenómeno una definición que se ajusta sólo a uno de sus componentes. En efecto, el que el razonamiento jurídico implique elecciones de naturaleza valorativa, y que por lo tanto su estructura no pueda ser reducida a la de la lógica demostrativa, no es algo que pueda contestarse seriamente; sin embargo, ello no implica que todo el razonamiento jurídico tenga una naturaleza exclusivamente valorativa y que por lo tanto su estructura esté determinada por la repetición del único módulo constituido por la argumentación retórica. Lo cierto es que Perelman no se dedicó nunca a hacer un análisis orgánico y libre de preconceptos en torno a la estructura del razonamiento jurídico. Más allá de la afirmada pretensión de partir de la mera “observación del razonamiento del jurista”,¹¹² Perelman se limita a proponer sobre este tema reiteradas consideraciones episódicas, frecuentemente banales y siempre notablemente superficiales, que no se estructuran nunca en un intento por construir una representación exhaustiva del razonamiento jurídico. Al respecto, se ha hecho hincapié, justamente, que “al límite no le interesa mucho el saber cómo trabajan efectivamente los juristas, teóricos y prácticos, en los varios momentos de sus pesquisas” en la medida en la que lo que interesa hacer no es estudiar el razonamiento jurídico, sino sólo utilizarlo como ejemplo de un discurso argumentativo.¹¹³ La consecuencia que se desprende es que el discus-

so de Perelman sobre la “especificidad” del razonamiento jurídico se limita regularmente a la agotada polémica contra el objetivo casi ficticio de la concepción matemático-deductiva del derecho.¹¹⁴ En línea de máxima debe subrayarse que la doctrina perelmaniana no puede presentarse como una representación del razonamiento jurídico, sino sólo como la demostración de la presencia, en éste, de momentos argumentativos; pero entonces no puede considerarse como confirmada una de las premisas sobre las que se funda esa doctrina, según la cual existe una total divergencia entre razonamiento jurídico y lógica. En efecto, aun excluyendo que dicho razonamiento sea exclusivo y únicamente una demostración deductiva (sobre lo que se puede obviamente coincidir incluso sin partir de la teoría de la argumentación), no se excluye con ello que el mismo pueda comprender fases o “segmentos” dotados de estructura lógica, ni se excluye que tales fases puedan tener un papel relevante y de estructura en el ámbito del razonamiento mismo.¹¹⁵

a. Retórica y tipos de razonamiento jurídico

El hecho de que la doctrina de Perelman no demuestre la divergencia entre la lógica y el razonamiento jurídico no representa su única limitación. Pueden formularse objeciones relevantes a la concepción unitaria del razonamiento jurídico que es utilizada por el autor, así como a la identificación sustancial entre razonamiento jurídico y razonamiento del juez.

En primer lugar debe hacerse notar que no se puede hablar de razonamiento jurídico como si se tratara de una categoría determinada unívocamente, debido a que existen diversos razonamientos jurídicos que están caracterizados por las situaciones típicas en las cuales se encuentran los sujetos que los realizan. Al respecto se ha distinguido, efectivamente, el razonamiento del legislador frente al razonamiento del juez, del abogado y del jurista, evidenciando cómo éstos presentan diferentes características típicas, precisamente a partir de la diversa función y de la distinta relevancia que le es atribuida a la argumentación retórica y a la demostración lógica, así como a los juicios de valor en relación con las operaciones puramente deductivas.¹¹⁶ Se desprende de lo anterior que la definición del razonamiento jurídico como argumentación retórica carece de significado en la medida en la que no toma en cuenta la existencia de diferentes razonamientos jurídicos que son estructuralmente distintos: si el razona-

miento del abogado es típicamente argumentativo, en la medida en la que está encaminado a acreditar una solución predeterminada de la controversia que lo origina,¹¹⁷ se trata de una peculiaridad que no necesariamente prevalece en los otros tipos de razonamiento jurídico.

La otra objeción de fondo que puede oponérsele a la concepción del razonamiento jurídico como categoría unitaria que formula Perelman, es que ésta, al definir a ese razonamiento como una argumentación retórica, presupone que tiene una homogeneidad interna que en realidad no existe. Puede ser que Perelman haya dejado sin despejar este aspecto del problema porque le interesaba más evidenciar en el mayor grado posible la presencia del factor retórico-argumentativo que analizar los efectivos componentes del razonamiento jurídico;¹¹⁸ en todo caso, ello conlleva una distorsión relevante en el sentido ficticiamente unitario y coherente de la imagen del razonamiento jurídico. Con toda razón, por lo tanto, se ha hecho hincapié en que la concepción de Perelman es criticable en la medida en la que no toma en cuenta la distinción, en el razonamiento del jurista, entre la fase semántica, en la cual se individúa el significado de la norma, y la fase sintáctica, en la que se individualizan las relaciones entre las normas;¹¹⁹ de manera análoga, se ha observado que en esta concepción se descuida la distinción fundamental entre juicios de valor, a los que se adapta la justificación retórica, y juicios de validez, que son susceptibles de demostración lógica.¹²⁰

Si las diversas razones que hasta ahora hemos mencionado ponen en crisis la noción unitaria del razonamiento jurídico que es utilizada por Perelman, la escasa validez de la misma noción se evidencia cuando el autor instaura la ecuación entre razonamiento jurídico y razonamiento del juez, esencialmente en la medida en la que no se puede hablar propiamente de un razonamiento del juez, sino que es necesario distinguir entre el procedimiento mediante el cual el juez llega a la decisión y el procedimiento con el cual justifica la decisión racionalizándola en la motivación. En efecto, ahí en donde enuncia la equivalencia entre el razonamiento jurídico y el razonamiento del juez, Perelman aclara que busca referirse al razonamiento con el cual el juez motiva la decisión;¹²¹ sin embargo, a propósito de la motivación se limita a repetir la ya señalada diferenciación respecto al carácter incuestionable de la demostración matemática, mientras que cuando enfrenta el tema del juicio de hecho y del juicio de derecho no describe el carácter típico de la motivación que tiene que ver

con la decisión formulada por el juez sobre las cuestiones relativas, sino que se refiere al procedimiento con el cual el juez llega a esa decisión, individuando el espacio argumentativo dentro del margen de discrecionalidad del cual dispone el juez.

Resulta evidente, entonces, la confusión entre los dos tipos de razonamiento que el juez realiza, confusión que conduce a una consecuencia, por decir lo menos, curiosa: mientras se propone mostrar la naturaleza argumentativa de la motivación, Perelman no dice nada en relación con esta última, y busca poner en evidencia los componentes retóricos del procedimiento de formación del juicio. Ello constituye un caso de mala aplicación de la misma teoría de la argumentación, que precisamente se presenta como una teoría del discurso justificativo y no como una teoría del procedimiento heurístico o deliberativo.¹²² También a propósito del concepto de razonamiento del juez, en consecuencia, se reproduce en el pensamiento de Perelman la tendencia a las generalizaciones apresuradas: al no advertir que el concepto mismo no es unitario y anulando la distinción entre procedimiento decisonal y razonamiento justificativo, resulta negada la posibilidad de individuar las respectivas peculiaridades de los dos tipos fundamentales de razonamiento del juez.¹²³

b. El problema del “auditorio universal”

La aplicación de la doctrina de Perelman a la motivación no es criticable solo bajo el perfil de su dudosa eficacia descriptiva, sino también porque no parece ser idónea para resolver de manera satisfactoria los problemas fundamentales que surgen en el ámbito de la motivación. Como se ha advertido en varias ocasiones, el principal de esos problemas tiene que ver con la individuación del carácter de racionalidad que debe tener el razonamiento justificativo elaborado por el juez para que se pueda decir que la motivación está efectivamente motivada. Ahora bien, al ponerse en una alternativa radical frente a los razonamientos estructurados de conformidad con la lógica demostrativa, cuya racionalidad está constituida por la lógica deductiva, la teoría de la argumentación identifica el carácter racional de la argumentación misma no en la existencia de nexos lógicos, sino en la idoneidad de la argumentación para suscitar el consenso del auditorio al cual está dirigida.¹²⁴ Al tratar de individuar además un criterio que no esté limitado a personas o situaciones particulares, la racionalidad de la

argumentación termina por definirse como la idoneidad para encontrar el asentimiento del “auditorio universal”, es decir, de la generalidad de los seres racionales.¹²⁵ El concepto de auditorio universal como criterio de comprobación de la racionalidad de la argumentación, asume por lo tanto un papel central en el pensamiento de Perelman; por otra parte, éste se revela como el punto que es tal vez más débil e inconsistente de la entera teoría de la argumentación. En efecto, el concepto de auditorio universal ha sido el principal blanco de las críticas más radicales y eficaces que le han sido dirigidas a la doctrina perelmaniana, y que se alimentan en la constatación de que ésta no logra definir lo que debe entenderse por racionalidad de la argumentación.¹²⁶ Sin discutir analíticamente el punto, vale la pena recordar que el concepto examinado entra en crisis esencialmente bajo dos perfiles, el primero de corte eminentemente metodológico, y el segundo de corte prevalecientemente ideológico. Bajo el primer perfil, debe subrayarse que se trata de una noción “compleja, escurridiza y de contornos indefinidos”,¹²⁷ que no es para nada idónea para constituir en sentido operativo un *test* de racionalidad de la argumentación; en consecuencia, la relación argumentación-auditorio debe ser volteada, en el sentido de que no se puede llamar racional la argumentación en la medida en la que es aceptada por un auditorio universal, sino más bien que, si la argumentación es racional, entonces es válida para cualquier auditorio dispuesto a emitir un asentimiento racional.¹²⁸ Ello equivale, por otra parte, a cambiar el fundamento de la racionalidad, reconociéndola en las propiedades (lógicas) que son intrínsecas a la argumentación, *a priori* respecto del asentimiento por parte del auditorio. Bajo el segundo perfil, el concepto de auditorio universal se presenta como la manifestación de una ideología conformista y conservadora de la racionalidad: si ésta depende del asentimiento del auditorio (y el calificativo de universal tiene una significación escasa), entonces se trata de una idea de racionalidad que en sustancia opera una pura y simple remisión a los prejuicios y a los lugares comunes con base en los cuales el auditorio está dispuesto a otorgar su consentimiento.¹²⁹ En todo caso, teniendo en cuenta los instrumentos de manipulación del consenso existentes en la sociedad actual, se trata de un modo para convertir la irracionalidad difundida en un criterio de racionalidad.¹³⁰ Queda entonces claro que de la concepción perelmaniana de la racionalidad como adecuación a los valores del auditorio universal deriva una ideología de la motivación del todo inaceptable, según la cual,

la justificación de la decisión derivaría exclusivamente de la obsequiosidad frente a los prejuicios dominantes, y no de la validez objetiva de las razones que la fundan.

Por otra parte, consideraciones no menos negativas deben hacerse sobre la configuración del razonamiento con el cual el juez llega a la decisión. Al delinear la categoría de la “deliberación consigo mismo”,¹³¹ Perelman afirma que al procedimiento decisorio deben aplicársele los mismos cánones de racionalidad que caracterizan la argumentación justificativa: quien debe tomar una decisión debe ponderar los criterios respecto al eventual asentimiento del auditorio universal. Se trata de una construcción profundamente abstracta y artificiosa, en la cual se reproduce toda la falta de certeza que es inherente al concepto general de auditorio universal, pero ello no constituye ni siquiera el vicio más relevante. Lo que más llama la atención es que, de este modo, el conformismo de la “razón” ya no está prescrito como regla de comportamiento de alguna manera externa, es decir, a propósito de la elección de los argumentos justificativos, sino que tiende a presentarse como canon absoluto del pensamiento y de toda actividad heurística y deliberativa: a este punto el costo ideológico de dicha “racionalidad” se vuelve verdaderamente insostenible.

c. El papel de la argumentación retórica en la motivación

Excluir el que la teoría de la argumentación proporcione un exhaustivo modelo descriptivo y prescriptivo del procedimiento decisorio y del razonamiento justificativo realizados por el juez, no significa, por otra parte, negarle toda relevancia desde el punto de vista de los problemas de los que nos ocupamos. En efecto, dicha teoría se revela eficaz para poner en evidencia aspectos que habían sido descuidados, o incluso deformados, por las tradicionales doctrinas logicistas del juicio y de la motivación, y que habían sido identificados de manera discutible por las contrapuestas posturas irracionalistas. La teoría en cuestión tiene, por lo tanto, una validez parcial en relación con el tema del razonamiento del juez, validez de la que vale la pena indicar de manera general los límites.

Desde un primer punto de vista, el mayor resultado que ésta logra es el mostrar que ni el razonamiento decisorio, ni la motivación están constituidos por estructuras deductivas “cerradas” y rigurosamente formalizadas. Por el contrario, existen diversas áreas del razonamiento del juez,

constituidas esencialmente por valoraciones de carácter axiológico y por elecciones discrecionales entre alternativas con una misma validez,¹³² en las cuales no es posible detectar una forma lógica de razonamiento deductivo: esas áreas se encuentran ubicadas tanto dentro del procedimiento que lleva a la decisión, como dentro del razonamiento justificativo que constituye la motivación. Bajo este aspecto, el objetivo que la teoría de la argumentación confronta con mayor eficacia es el modelo silogístico del juicio y de la motivación. Debe subrayarse, por lo demás, que los espacios que se “abren” como consecuencia de lo anterior, es decir que no están dominados por la fuerza incuestionable de la lógica deductiva, no se convierten, por esa razón, carentes totalmente de lógica: queda siempre la posibilidad de analizar su estructura según las formas de la lógica inductiva¹³³ o, en todo caso, siguiendo criterios que no son deductivos pero siguen siendo lógicos. Ello significa que la argumentación retórica no tiene, en el razonamiento del juez, el rol de elemento esencial característico, sino un alcance variable y, en todo caso, secundario: ella funciona como un instrumento justificativo en aquellos casos en los que el juez no le confiere a su propio razonamiento una forma lógica determinada; pero es, de cualquier manera, el carácter lógico de la argumentación el que representa el requisito esencial en la medida en la que la decisión tiene una estructura lógica que puede identificarse con momentos de argumentación persuasiva.¹³⁴ En esencia, así como el método tópico funciona en los momentos en los que el razonamiento decisorio está lógicamente “abierto”, pero no representa su naturaleza fundamental, la argumentación retórica ocupa los espacios no lógicos del razonamiento justificativo, pero no lo agota.

Bajo un perfil diverso, la teoría de la argumentación tiene una cierta eficacia en relación con el modo de concebir la racionalidad del discurso justificativo, aunque, como se ha señalado antes, no llega a definir de manera satisfactoria un criterio de racionalidad del argumento retórico satisfactorio. A pesar de ello, en efecto, resulta evidente la imposibilidad para definir como racional solamente al razonamiento que tenga una forma lógica rigurosamente deductiva. De lo anterior se deriva una importante indicación en relación con la necesidad de relativizar el concepto de racionalidad tomando en cuenta el tipo y la función del discurso específico que es analizado, y evitando aplicar al razonamiento jurídico los criterios de racionalidad que valen para un ámbito diferente como,

por ejemplo, el campo científico.¹³⁵ Debe subrayarse también que la adopción de este punto de vista conlleva implicaciones de las que el mismo Perelman no parece haberse percatado con suficiente claridad, y que contrastan con su intento de volver absoluto, al menos en el campo de las ciencias sociales, el concepto de racionalidad que se deriva de la teoría de la argumentación. La primera es que el criterio de racionalidad del discurso debe relativizarse no sólo con referencia a la función que determina el “campo” del discurso, sino también con referencia a las premisas filosóficas e ideológicas con las cuales se configura el discurso mismo; de esta manera, establecer en qué consiste la racionalidad de la motivación no significa solamente distinguir el discurso justificativo del juez de los otros tipos de discurso jurídico y no jurídico, sino que implica también la elección de una determinada perspectiva metodológica en el análisis del fenómeno, y la adopción de una determinada ideología del juicio, de la función del juez y, además, de la motivación. Cada modelo del razonamiento del juez depende de la toma de posiciones de este tipo, de tal manera que su valoración no puede prescindir de la valoración de las premisas filosóficas e ideológicas sobre el cual aquél se funda; ello implica, además, la sistematización histórica de los criterios de racionalidad del razonamiento del juez.¹³⁶ Si se toma en cuenta lo anterior, la posición de Perelman sobre el problema de la racionalidad de ese razonamiento, aun cuando sea válida como *argumentum destruens* frente al modelo silogístico del juicio, resulta por muchas razones como insatisfactorio. Por un lado, la crítica a dicho modelo sigue siendo eficaz sobre el plano polémico pero débil en el plano teórico, en la medida en la que no toma en cuenta a las razones filosóficas e ideológicas que históricamente han influido en el sentido de hacer del silogismo el canon absoluto de racionalidad del razonamiento del juez. Por las mismas razones, la propuesta de una “nueva racionalidad” corre el riesgo de no llegar a poner efectivamente en crisis las concepciones irracionalistas del juicio. Por otro lado, el mismo concepto argumentativo de racionalidad tiende a escapar a su relativización en la medida en la que se generaliza cada vez más la afirmada validez de la teoría de la argumentación, mientras que sus fundamentos filosóficos e ideológicos quedan un tanto inciertos; en consecuencia, no puede no compartirse la afirmación de que “instead of contending for the position of primacy, rhetoric should rather try to solve problems relating to its own foundation”.¹³⁷

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

En conclusión, y a pesar de los diversos aspectos interesantes que presenta, la doctrina perelmaniana del razonamiento del juez no alcanza el objetivo de demostrar cómo la naturaleza esencial de dicho razonamiento, y su carácter racional, no sean de tipo lógico sino argumentativo. En consecuencia, las tesis de Perelman sobre el problema que nos interesa no lo resuelven y no invalidan la afirmación de que la estructura racional de la motivación deba ser buscada mediante la individuación de la estructura lógica del discurso justificativo realizado por el juez, y no limitándose a poner en evidencia los componentes retórico-persuasivos que éste presenta.

NOTAS

¹ Respecto de la doctrina más antigua *cfr.* especialmente: SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess*, Freiburg, 1883, pp. 219 y ss.; STEIN, *Das Private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, pp. 6 y ss. y *passim*; WEHLI, "Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung", en *Festschr. Für A. Wach*, Leipzig, 1913, pp. 405 y ss.; WACH, "Die Tat und Rechtsfrage bei der Revision im Civilprozess", en *JW*, n. 10, 1881, pp. 73 y ss. La doctrina en cuestión constituyó la base para las aproximaciones institucionales sobre la naturaleza del juicio: *cfr.* por ejemplo ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 10ª ed., Munich, 1969, p. 686.

Para formulaciones más recientes e indicaciones ulteriores, *cfr.* SCHEUERLE, "Beiträge zum Problem der Trennung von Tat-und Rechtsfrage", en *Archiv für die zivilistische Praxis*, 1958-1959, pp. 1 y ss.; SCHNEIDER, *Logik für Juristen*, Berlin-Frankfurt am Main, 1965, pp. 109 y ss., 297 y ss.; KLUG, *Juristische Logik*, Berlin, 1951, pp. 48 y ss.; HENKE, *Die Tatfrage. Der unbestimmte Begriff und eine Revisibilität*, Berlin, 1966, pp. 94 y ss.; KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964, p. 794; KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1967, pp. 47 y ss.; ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1970, pp. 40 y ss.; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-Nueva York, 2ª ed., 1969, pp. 228 y ss., y especialmente ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 2ª ed., 1960, pp. 7 y ss., quien recuerda cómo no se trata de una doctrina formulada sólo por juristas, sino que encuentra correspondencia también en el campo filosófico como, por ejemplo, en Kant y en Schopenhauer.

² La descripción del juicio como silogismo es un lugar común extremadamente difundido, y al respecto no son necesarias extensas referencias bibliográficas. Respecto de las expresiones más orgánicas en la doctrina italiana *cfr.* ALFREDO ROCCO, *La sentenza civile*, 1906 (reimp. Milán, 1962, pp. 4 y ss. y 31); MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Viena, 1904, pp. 39 y ss., 75 y ss.; CALAMANDREI, "La genesi logica della sentenza civile", en *Opere giuridiche*, vol. I, Padua, 1930, pp. 11 y ss.; CARNELUTTI, "Limiti del rilievo dell' error in iudicando in Corte di Cassazione", en *Studi di diritto processuale*, vol. I, Padua, 1925, pp. 371 y ss.

La doctrina francesa no ha mostrado, normalmente, una atención particular respecto a la descripción silogística del juicio, pero ha terminado, de igual manera, por utilizarla ampliamente como presupuesto del análisis del juicio de casación; *cfr.*, por ejemplo, MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, París, 1929, pp. 12, 178 y ss.; RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruselas, 1966, pp. 36 y ss.

³ *Cfr.* ROSENBERG-SCHWAB, *op. cit.*, *loc. cit.* nota 1; ENGISCH, *Logische Studien*, cit. nota 1, p. 16; MENESTRINA, *op. cit.*, nota 2, pp. 41 y ss.; RIGAUX, *op. cit.*, nota 2, p. 39.

⁴ En ese sentido *cfr.*, por ejemplo, HÉBRAUD, "La logique judiciaire", 5ª *Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires*, París, 1969, pp. 28 y ss., 46 y ss.; SOULEAU, *ibidem*, pp. 61 y ss.; MARTY, *op. cit.*, nota 2, p. 12; ESSER, *op. ult. cit.*, nota 1, pp. 41 y 43; WASSERSTROM, *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford, 1961, p. 15; LLOYD, "Reason and Logic in the Common Law", en *Law Quarterly Review*, n. 64, 1948, pp. 468 y ss.

⁵ En ese sentido *cfr.* FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milán, 1960, pp. 68 y ss.; *id.*, *La giurisprudizione volontaria. Profilo sistematico*, Padua, 1953, pp. 136 y ss. Desde un punto de vista marcadamente más psicológico *cfr.* SCHEUERLE, *Rechtsanwendung*, Nuremberg-Düsseldorf, 1952, pp. 39 y ss.

⁶ *Cfr.*, por ejemplo, MARTY, *op. cit.*, nota 2, *loc. cit.*; WASSERSTROM, *op. cit.*, nota 4, p. 19; MICHAELIS, “Ueber das Verhältnis von logischer und praktischer Richtigkeit bei der sogenannten Subsumtion (Eine Kritik der Kritiken am Subsumtionsbegriff)”, en *Gött. Festschr. OLG Celle*, Gotinga, 1961, pp. 117 y ss.; LLOYD, *op. ult. cit.*, nota 4, p. 477; CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), reimpresión Padua, 1964, pp. 55 y ss.; STONE, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, Stanford, California, 1964, pp. 315 y 321.

⁷ *Op. ult. cit.*, pp. 48 y ss. y *passim*.

⁸ Alrededor de la misma época es el planteamiento doctrinario de BETTI (*cfr. Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 310) que, por otra parte, más que una crítica a la teoría del silogismo judicial, es un intento sintético por delinear la estructura del juicio utilizando las categorías lógicas de la filosofía de Croce. Sin embargo, es significativo el hecho de que el mismo Betti, al refutar el modelo silogístico, le reconozca un valor descriptivo, aun cuando sólo esté limitado a la relación entre la norma y la realidad concreta (véase, *ibidem*, nota 12).

⁹ Este tipo de crítica al modelo silogístico es muy difundida, especialmente en la doctrina alemana, y da lugar a dos líneas de pensamiento bastante distintas. La primera parte de la falta de idoneidad del silogismo para configurar la determinación de las premisas de la decisión, para demeritar el modelo silogístico y centrar la atención en la actividad valorativa con la cual el juez individúa dichas premisas (entre los planteamientos más recientes en ese sentido *cfr.* KRIELE, *op. cit.*, nota 1, pp. 50 y ss.; HENKE, *op. cit.*, nota 1, pp. 94 y ss.; ESSER, *op. ult. cit.*, nota 1, pp. 50 y ss.; *id.*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1970, pp. 14 y ss.; *id.*, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 236 y ss.). La segunda, en cambio, no desestima el modelo deductivo, el cual es considerado como idóneo para poder representar la fase esencial del juicio, e incluso tiende a integrarlo configurando lógicamente la actividad de determinación de las premisas sobre las cuales se funda el razonamiento silogístico del juez (*cfr.* ENGISCH, *Logische Studien*, cit. nota 1, pp. 13 y ss., 37 y ss. y *passim*; MICHAELIS, *op. cit.*, nota 6, pp. 120 y ss.).

¹⁰ La opinión de CALOGERO en relación con la estructura del juicio está sintetizada por la afirmación de que “la eliminación de su carácter silogístico facilita la posibilidad de advertir su lógica más radical, la cual consiste en su categórico emitir juicios mediante la subsunción” (*op. cit.*, nota 6, p. 57). La reducción se manifiesta en la medida en la que la subsunción no es necesariamente algo distinto respecto al silogismo, sino que puede ser algo solamente menos complejo, tratándose de una aseveración “en la cual el sujeto que expresa la acción que se realizó, es subsumido por el predicado que expresa la norma contenida en la ley” (CALOGERO, *op. cit.*, nota 6, p. 58). No queda duda, en efecto, que la subsunción puede enmarcarse dentro del silogismo como parte de la premisa menor (véase *infra* en el texto), y entonces el modelo subjuntivo acaba siendo una mera reducción del modelo silogístico (ni siquiera CALOGERO demuestra lo contrario). En consecuencia a su tesis puede hacerse la misma objeción que él le formula al modelo silogístico, dado que también la subsunción expresa una manera en la que se configura el juicio, pero no indica cómo el juez llegue a emitir ese juicio, ni cómo realice las elecciones que presupone la subsunción. Por otra parte, debe recordarse también que el recurso a la categoría de la

■ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ■

subsunción no sirve, de por sí, para resolver ningún tipo de problema, dado que el mismo concepto de subsunción es ambiguo y se presta a una pluralidad de definiciones diferentes (cfr. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Turín, 1965, pp. 201 y ss.).

¹¹ Sobre el tema cfr. ENGISCH, "Le fait et le droit en droit allemand", FORIERS, "La distinction du fait et du droit devant la Cour de Cassation de Belgique", HALLEMANS, "Le juge devant la distinction du fait et du droit", ASCARELLI, "Le fait et le droit devant la Cour de Cassation italienne", PERELMAN, "La distinction du fait et du droit. Le point de vue du logicien", todos ellos en *Le fait et le droit. Etudes de logique juridique*, Bruselas, 1961, pp. 27 y ss., 51 y ss., 78 y ss., 113 y ss., 269 y ss. Cfr. además ENGISCH, *Logische Studien*, cit. nota 1, pp. 90 y ss., 114 y ss.; HENKE, *op. cit.*, nota 1, pp. 187 y ss.; SCHEUERLE, *Beiträge*, cit., nota 1; KUCHINKE, *Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, Ein Beitrag zum Problem von Rechts- und Tatfrage*, Bielefeld, 1964; LARENZ, *Methodenlehre*, cit., nota 1, pp. 243 y ss.; MARTY, *op. cit.*, nota 2, pp. 178 y ss.; NASI, "Giudizio di fatto (dir. proc. civ.)", en *Enciclopedia del Diritto*, t. XVI, Milán, 1967, pp. 967 y ss.; TARUFFO, "Note in tema di giudizio di fatto", en *Rivista di diritto civile*, 1971, pp. 33 y ss.

¹² En este sentido, cfr. por ejemplo PERELMAN, *La distinction*, cit., nota 11, p. 271; DESCHENAUX, *La distinction du fait et du droit dans la procédure de recours au tribunal fédéral*, Friburgo, 1948, pp. 13 y ss.; RIGAUX, *op. cit.*, nota 2, p. 38; MARTY, *op. cit.* nota 2, pp. 204 y ss.; ESSER, *Vorverständnis*, cit., nota 1, p. 61; ENGISCH, *Logische Studien*, cit. nota 1, pp. 18 y ss.

¹³ La consecuencia del estudio de la naturaleza compuesta de la premisa menor del silogismo judicial no es, en efecto, la negación de dicha distinción, sino más bien su reafirmación de acuerdo con criterios más articulados para separar, dentro de la afirmación de los hechos materia del juicio, lo que tiene que ver con la reconstrucción "histórica" respecto de lo que tiene que ver con su calificación jurídica. Sobre los problemas que surgen al respecto, cfr. esencialmente ENGISCH, *Logische Studien*, cit. nota 1, pp. 82 y ss.

¹⁴ Véase en tal sentido *Diritto e processo*, cit., p. 212. En un sentido análogo, pero en un contexto cultural completamente diferente, cfr. DEWEY, "Logical Method and the Law", en *Cornell Law Quarterly*, n. 10, 1924, p. 22.

¹⁵ El que la motivación no tenga necesaria y esencialmente una estructura silogística está demostrado tanto por la relevancia que en la misma asumen argumentaciones de una naturaleza distinta (respecto de lo cual, véase particularmente LAZZARO, *Gli Argomenti dei giudici. Estratto dai lavori della ricerca sulla "argomentazione giuridica"*, C.N.R., Turín, 1970), como por el hecho de que, también bajo el aspecto lógico, la motivación comprende una pluralidad de formas justificativas de tipo no deductivo (véase *infra*, cap. V, § 3).

¹⁶ Véase *infra* el punto d) en relación con la función ideológica de la doctrina silogística de la motivación.

¹⁷ En los análisis generales sobre la lógica jurídica, la deducción silogística es considerada como una de las posibles formas de la argumentación jurídica, en cuyo contexto puede combinarse o alternarse con formas diversas (cfr. por ejemplo KALINOWSKI, *Introduzione alla logica giuridica*, trad. it., Milán, 1971, pp. 175 y ss., 240 y ss.; WEINBERGER, *Rechtslogik. Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken*, Viena-Nueva York, 1970, pp. 163 y ss.). Por otra parte, el problema de la pluralidad de formas lógicas se plantea también al interior de la misma categoría silogística, a partir del hecho de que, junto al silogismo que se presenta en primera instancia *in barbara*, al cual se hace referencia regularmente, existen todas las otras formas elaboradas

por la lógica escolástica, que constituyen un amplio repertorio de formas netamente diversificadas entre sí (para un análisis sintético pero exhaustivo al respecto *cfr.* TAMMELO, *Outlines of Modern Legal Logic*, Wiesbaden, 1969, pp. 17 y ss.).

¹⁸ *Cfr.* LLOYD, *op. ult. cit.*, nota 4, p. 480; ENGISCH, *Logische Studien*, cit. nota 1, pp. 17 y ss.; MICHAELIS, *op. cit.*, nota 6, pp. 118, 120 y 141.

¹⁹ Sobre los límites que encuentra el uso deductivo de las máximas de la experiencia *cfr.* TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padua, 1970, pp. 199 y ss.; *id.*, "Certezza e probabilità nelle presunzioni", in *Foro Italiano*, 1974, V, p. 89.

²⁰ *Cfr.* por ejemplo RIGAUX, *op. cit.*, nota 2, p. 43, y de manera más amplia *infra*, cap. V, § 2. Para ejemplificaciones en relación con la determinación del criterio jurídico de decisión mediante una cadena deductiva (por otra parte no rigurosamente silogística) *cfr.* ENGISCH, *Logische Studien*, cit. nota 1, p. 16.

²¹ *Cfr.* ENGISCH, *op. ult. cit.*, nota 1, pp. 22 y ss.; MICHAELIS, *op. cit.*, nota 6, pp. 118 y ss. Debe subrayarse, por otra parte, que el mismo concepto de subsunción no implica por sí mismo ninguna indicación específica en relación con la estructura lógica del juicio al que se refiere. Aun limitando su significado al vínculo entre hecho y norma (para referencias a otros usos del término *cfr.* RIGAUX, *op. cit.*, nota 2, pp. 44 y ss.), es decir, a lo que comúnmente se entiende por calificación jurídica de los hechos, el concepto de subsunción sigue siendo no obstante muy genérico, porque no indica la estructura lógica de dicho vínculo, de manera que sigue siendo dudosa la equiparación de subsunción y de deducción (*cfr.* LAZZARO, "Sussunzione", en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, t. XVIII, 1971, pp. 975 y ss.). Por otra parte, el análisis de las modalidades a través de las cuales es realizada la calificación jurídica de los hechos concretos lleva a distinguir dos operaciones de naturaleza diversa: a) la subsunción en sentido estricto (*Subsumtion*) de los hechos concretos en un concepto jurídico definido, al cual puede reconocérsele un carácter fundamentalmente deductivo; y b) la reconducción de los hechos concretos (*Zuordnung*) a un "tipo" legal que no tiene naturaleza deductiva, en la medida en la que el "tipo" no tiene las características lógicas de la premisa mayor de la deducción (sobre el tema *cfr.* en general LARENZ, *Methodenlehre*, cit., nota 1, pp. 423 y ss. y especialmente pp. 440 y ss.).

²² En este orden de ideas *cfr.* sin duda alguna WASSERSTROM, *op. cit.*, nota 4, pp. 23 y ss., 28 y ss.

²³ *Cfr.* CALOGERO, *op. cit.*, nota 6, pp. 48 y ss., CARNELUTTI, "Bilancio del positivismo giuridico", en *Discorsi intorno al diritto*, 2ª ed., Padua, 1953, p. 255; HÉBRAUD, *op. cit.*, nota 4, p. 32; RIGAUX, *op. cit.*, nota 2, p. 42; en un sentido parcialmente distinto *cfr.* SOULEAU, *op. cit.*, nota 4, p. 56.

²⁴ *Cfr.* las indicaciones referidas en la nota precedente. WASSERSTROM, *op. cit.*, p. 29, pone relevancia en el hecho de que, en la motivación, el recurso al procedimiento deductivo, siempre y cuando sea utilizado correctamente, puede tener una cierta utilidad; en esta situación, afirma además, la objeciones en contra de la teoría deductiva resultan irrelevantes, en la medida en la que están dirigidas a combatir una teoría del juicio y no a una teoría de la motivación. Por otra parte, partiendo del presupuesto de que no se implique un problema de estructura del juicio, es bastante difundida la opinión de que el uso de la deducción en el ámbito de la justificación de la decisión pueda ser ventajosa, ya sea porque permite insertar con seguridad la decisión en el ordenamiento (en ese sentido, HÉBRAUD, *op. cit.*, nota 4, pp. 55 y ss.), o bien porque se considera que de tal manera se efectúa una verificación de la rectitud lógica y jurídica de la decisión (*cfr.* WASSERSTROM, *op. cit.*, nota 4, pp. 138 y ss.; DEWEY, *op. ult. cit.*, nota 14, p. 24;

■ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ■

RIGAUX, *op. cit.*, nota 2, p. 42; ENGISCH, *Logische Studien*, cit. nota 1, p. 7; ESSER, *Wertung*, cit., pp. 15 y ss.; *id.*, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 236 y ss.; MICHAELIS, *op. cit.*, nota 6, pp. 128 y ss.; WRÓBLEWSKI, "Legal reasoning in legal interpretation", en *Logique et Analyse*, 1969, p. 29).

²⁵ Para una amplia crítica de la motivación silogística en el sentido referido *cfr.* JENSEN, *The Nature of Legal Argument*, Oxford, 1957, pp. 7 y ss.

²⁶ La tendencia a considerar desde un punto de vista silogístico a la motivación no se deriva, en consecuencia, solamente de condicionamientos históricos y culturales de diverso tipo, sino que implica también el posicionamiento ideológico del juez en relación con la motivación (en relación con lo cual véase *infra*), que puede traducirse en el uso consciente e instrumental de una cierta forma lógica con la finalidad de darle a la motivación una apariencia de necesidad y, por lo tanto, a la decisión que la misma justifica, eliminando del discurso los momentos de elección valorativa que en cuanto tales no son susceptibles de una demostración objetiva.

²⁷ Sobre la existencia de componentes ideológicos, además que de fines teóricos, en el análisis del problema de la aplicación del derecho, véase WRÓBLEWSKI, "Il modello teorico dell'applicazione della legge", trad. it. en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1967, pp. 25 y ss.

²⁸ Sobre la función ideológica del modelo deductivo de decisión, que se ha planteado de manera coherente con la concepción de la norma y del ordenamiento que es típica del positivismo jurídico clásico, *cfr.* WASSERMANN, *Der politische Richter*, cit., pp. 22 y ss.; de manera análoga, y en relación con las razones ideológicas de la crisis de ese modelo, *cfr.* LITTEN, *Politisierung der Justiz*, cit., pp. 18 y ss. En relación con los componentes ideológicos del contraste entre las teorías formalistas y antiformalistas del juicio, *cfr.* WRÓBLEWSKI, "Legal reasoning in legal interpretation", cit. nota 24, pp. 3 y 11.

²⁹ Sobre la interpretación como actividad de mero conocimiento del significado "verdadero" de la norma, y sobre las características generales de dicha ideología de la interpretación, *cfr.* TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, pp. 411 y ss. Sobre la acentuación del carácter "científico" del juicio, presente, por ejemplo, en el pensamiento de Savigny, *cfr.* BRÜGGEMANN, *Die richterliche Begründungspflicht. Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen*, Berlín, 1971, p. 50.

³⁰ Ello se deriva de un doble nivel de presupuestos: por un lado, el principio de completitud del ordenamiento asume que el juez está siempre en condiciones para determinar, mediante operaciones puramente cognoscitivas, una norma positiva con base en la cual decidir la litis (entre otras cosas, porque lo que no está calificado por una norma se define, con diversos argumentos, como jurídicamente irrelevante; *cfr.* al respecto, el amplio análisis que realiza CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Turín, 1962, pp. 80 y ss.; sobre la completitud como "valor" véase *ibidem*, pp. 143 y ss.). Por otro lado, los instrumentos interpretativos que se considera utiliza el juez para resolver las antinomias y colmar las lagunas, son colocados, a su vez, en el plano exclusivamente lógico-cognoscitivo (*cfr.* COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlín, 1969, pp. 335 y ss.; LARENZ, *Methodenlehre*, cit., nota 1, pp. 10, 16 y 29; CONTE, *op. cit.*, pp. 11 y ss.; TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 425 y ss.); al respecto, el ejemplo más significativo está constituido por la configuración puramente lógico-silogística del *argumentum a simili* (en relación con el cual, véase en un sentido decididamente crítico CONTE, *op. cit.*, pp. 106 y ss.; TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 427 n. 5 con indicaciones ulteriores; HELLER, *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, Berlín, 1961, pp. 3 y ss., 89 y ss.).

³¹ Sobre las características generales de los modelos causal y causal-deductivo del juicio de hecho, véase de manera más detallada TARUFFO, *Studi*, cit., nota 19, pp. 171 y ss., 192 y ss.

³² La predeterminación normativa del resultado de la prueba y de la relativa eficacia, además, es coherente con el modelo examinado en el texto también bajo otro punto de vista. Ella implica, en efecto, la modificación, en el plano de la “cuestión de derecho”, de la valoración de la prueba, con lo que se invierte el problema en términos de la interpretación de normas y se abre la vía, entre otras cosas, para ejercer el control por vía de la casación por violación de la ley. Se trata de una “juridificación” del juicio de hecho, con lo cual, en gran medida, éste es reabsorbido en el ordenamiento como un sistema completo y cerrado de criterios de decisión.

³³ Tal vez tiene más relevancia ideológica de lo que afirma esa doctrina, lo que ella niega implícitamente. Por ejemplo, la concepción “cognoscitiva” o “científica” del juicio excluye que éste se inspire en valores diversos de los que están incorporados en las normas positivas o que puedan referirse a la voluntad del legislador. Por otra parte, esa concepción asume como valor preeminente el rigor lógico del juicio, prescindiendo de la consideración de su justicia bajo el perfil socioeconómico. No es casual que cuando se subrayan estas diversas funciones de la decisión afloran contextualmente posturas ideológicas diversas de las que inspiraron el proceso de la edad liberal, como es el caso de las ideologías del estado socialdemocrático (como por ejemplo en el caso de WASSERMANN, *op. cit.*, pp. 96 y ss., 103 y ss., y LITTEN, *op. cit.*, nota 28, pp. 90 y ss.), o bien como ocurre con la ideología marxista (sobre cuya concepción del juicio *cfr.*, por ejemplo, KIETZ-MÜHLMANN, *Konfliktursachen und Aufgaben der Zivil und Familien rechtspflege*, Berlín, 1969, pp. 5 y ss.).

³⁴ *Cfr.* sobre el tema WASSERSTROM, *op. cit.*, nota 4, p. 14.

³⁵ Sobre la función política del mencionado concepto de neutralidad del juez *cfr.* WASSERMANN, *op. cit.*, nota 4, p. 52, así como TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 476 y ss.

³⁶ Estas connotaciones forman parte de la imagen general del jurista *als solcher* delineada por Windscheid (*cfr.* WASSERMANN, *op. cit.*, p. 23; HATTENHAUER, *Zwischen Demokratie und Hierarchie*, Karlsruhe, 1971, p. 168), que todavía hoy es invocada como defensa de la “pureza” ideológica del juez (*cfr.*, por ejemplo, FLUME, “Richter und Recht”, en *Verhandlungen des Sechszwanzigsten Deutschen Juristentages*, Essen, 1966, Munich-Berlín, 1967, Band II (Sitzungsberichte), cap. 12 ss.). Por otra parte, es justamente esa imagen la que entra en crisis cuando se constatan los cambios radicales que sufrió la posición del juez dentro de la estructura política de la sociedad; *cfr.* LITTEN, *op. cit.*, nota 28, pp. 56 y ss.

³⁷ *Cfr.* las anotaciones de WASSERMANN, *op. cit.*, pp. 58 y ss. sobre el período de la Constitución de Weimar; en relación con temas específicos, *cfr.* además “Magistratura e classi sociali nell’età giolittiana: prime ipotesi di lavoro”, en *Politica e diritto*, 1972, pp. 509 y ss.; FAZIO-VIAZZI, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall’unità ad oggi*, *ibidem*, pp. 533 y ss., de donde se observa netamente el contraste entre praxis e ideología enunciado por los teóricos, en el mismo momento histórico en el que tiene su máxima difusión la imagen del juez que se discute en el texto.

³⁸ No es casual, el punto en el cual el modelo bajo examen es puesto en discusión de manera más decidida, incluso por autores respecto de los que no existe la sospecha de ultrancismo ideológico, tiene que ver precisamente con la naturaleza necesariamente valorativa de la actividad con la que el juez “llena” las normas en blanco o utiliza principios generales de normas de decisión. Sobre el tema *cfr.* ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit.,

■ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ■

pp. 51 y ss., 95 y ss., 150 y ss., y *passim*; *id.*, cit., nota 1, pp. 47 y ss., 63 y ss.; *id.*, *Wertung*, cit., pp. 5 y ss.; TEUBNER, *Standards und Direktiven in Generalklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung beider Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt am Main, 1971, pp. 42 y ss., 61 y ss. y *passim*.

³⁹ Debe hacerse notar que la imagen amenazante de la interpretación *contra legem* es frecuentemente invocada para suscitar escándalo en contra de quien rechaza la imagen lógico-mecanicista del juez “como tal” (en ese sentido véase a FLUME, *op. cit.*, nota 36, cap. 20 y ss.), abusando así de una visión simplista según la cual es *secundum legem* todo lo que es no valorativo y no político, mientras que es *contra legem* todo lo que va más allá de una aplicación formalista de la norma positiva.

⁴⁰ Sobre la función de cobertura y disimulación que juega la motivación rigurosamente construida bajo el perfil lógico frente a las elecciones reales del juez, *cfr.* WASSERMANN, *op. cit.*, p. 93; BIEDENKOPF, *Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung*, Karlsruhe, 1970, pp. 26 y ss.; RASEHORN, “Justiz und Rechtswirklichkeit”, en *Deutsche Richterzeitung*, 1964, p. 227.

⁴¹ Para refrendar el punto de vista sociológico *cfr.* LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied del Rin-Berlin, 1969, p. 134.

⁴² VIEHWEG, Theodor, *Topica e giurisprudenza*, trad. it., G. Crifò (ed.), Milán, 1962.

⁴³ La fuente a la cual Viehweg se remite expresamente (*op. cit.*, p. 31) es un conocido escrito de Nicolai Hartmann (*Diesseits von Idealismus und Realismus*, en *Kant-Studien*, XXIX, 1924, pp. 160 y ss.) en el cual se ponía en evidencia la contraposición entre pensamiento sistemático y pensamiento aporético en la estructura de la doctrina kantiana. Viehweg transfiere dichos conceptos a la ciencia jurídica, identificando el pensamiento aporético o problemático con el método tópico, por un lado, y asimilando el pensamiento sistemático al método de la *Begriffsjurisprudenz*, por el otro; de esta manera, se delinea una especie de matriz filosófica en la recuperación de la tópica antigua en contraposición a la jurisprudencia de corte sistemático. En un sentido crítico respecto al modo desenvuelto con el que se realiza esa operación *cfr.* KRIELE, *op. cit.*, nota 1, pp. 119 y ss.

⁴⁴ Sobre el tema *cfr.* LARENZ, *Methodenlehre*, cit., nota 1, pp. 150 y ss.; ZIPPELIUS, “Problemjurisprudenz und Topik”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1967, n. 20, pp. 2240 y ss.; HORN, “Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 20, 1967, pp. 602 y ss.; DIEDERICHSEN, “Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 19, 1966, pp. 697 y ss.; ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 44 y ss., 218 y ss.; STOECKLI, “Topic and Argumentation. The Contribution of Viehweg and Perelman in the Field of Methodology Applied to Law”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n. 54, 1968, pp. 581 y ss.; CRIFÒ, *Introduzione* a la traducción italiana de Viehweg, cit., p. XV y ss. Sobre la relevancia que tiene la tópica para la teoría de la interpretación de las normas constitucionales en particular, *cfr.* de manera amplia KRIELE, *op. cit.*, nota 1, pp. 114 y ss.

⁴⁵ Para cualquier referencia específica en ese sentido *cfr.* VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 103 y ss.

⁴⁶ Sobre ambos puntos, *cfr.* LARENZ, *Methodenlehre*, cit., nota 1, p. 154. Sobre el segundo de dichos puntos en particular *cfr.* KRIELE, *op. cit.*, nota 1, pp. 149; ZIPPELIUS, *op. cit.*, nota 44, p. 2233.

⁴⁷ El mismo VIEHWEG (*op. cit.*, pp. 33 y ss.) hace referencia a las implicaciones que se plantean entre el sistema y el problema, pero en su pensamiento emergen con mayor

evidencia las respectivas razones del contraste. Sobre la posible solución de la contraposición en el concepto de “sistema abierto” (respecto del cual véase LARENZ, *Methodenlehre*, cit., nota 1, pp. 156 y ss.) cfr. además KRIELE, *op. cit.*, nota 1, p. 121; sobre la relación dialéctica entre pensamiento sistemático y pensamiento problemático en el conocimiento cfr. ZIPPELIUS, *op. cit.*, nota 44, p. 2230 y, de manera análoga, DIEDERICHSEN, *op. cit.*, nota 44, el cual pone en relieve justamente el carácter simplificador de la contraposición, en la medida en la que la misma no toma en cuenta la pluralidad de los posibles tipos de sistema. Al respecto, cfr. WEINBERGER, “Topik und Plausibilitätsargumentation”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n. 59, 1973, pp. 25 y ss.

⁴⁸ La tópica es esencialmente un procedimiento de *discusión* del problema (véase VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 6 y *passim*), pero no un método de solución del problema mismo. Ella opera, en efecto en dos niveles: el primero consiste en recurrir a los diversos puntos de vista que se presentan como significativos; el segundo consiste en la elaboración de los “catálogos” de *topoi* que pueden utilizarse para los diversos problemas (cfr. VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 35 y ss.; LARENZ, *Methodenlehre*, cit., nota 1, p. 152). De ninguno de los dos planos, sin embargo, emerge una metodología de la solución del problema; en este sentido véase ciertamente WEINBERGER, *op. ult. cit.*, nota 47, pp. 22 y ss., 28.

⁴⁹ Cfr. VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 23 y ss., 40 y ss.; HORN, *op. cit.*, nota 44, pp. 602 y ss.

⁵⁰ En el pensamiento aristotélico es fundamental la distinción entre la lógica de las inferencias fundadas sobre premisas ciertas (apodíctica) y la lógica del razonamiento que parte de premisas opinables (dialéctica) (cfr. KNEALE-KNEALE, *Storia della logica*, trad. it., Turín, 1972, pp. 17, 83 y ss.). En ambos casos la estructura del razonamiento es, no obstante, silogística, al variar solamente el *status* de las premisas. La tópica es, entonces, el método de determinación de las premisas del silogismo dialéctico, y sirve esencialmente para resolver cuestiones definitorias y clasificatorias haciendo uso de los lugares comunes más atendibles (cfr. KNEALE-KNEALE, *op. cit.*, p. 45; KRIELE, *op. cit.*, nota 1, pp. 133 y ss.). Mucho menos rigurosa es la definición ciceroniana de la tópica, luego difundida en la escolástica y en la lógica jurídica del Renacimiento, en la cual se inspira el mismo Viehweg, según la cual es tópico todo argumento no indubitable que utiliza para la solución de un problema los puntos de vista disponibles en el nivel del sentido común.

⁵¹ Cfr. VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 95 y ss.

⁵² Aquí emerge la concepción ciceroniana (véase nota 50) del *topos* como premisa que sirve de fundamento para el razonamiento así como *sedes e quibus argumenta promuntur*, de donde se deriva la idea de los *topoi* como compilaciones de afirmaciones listas para ser usadas en la argumentación retórica (cfr. VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 24 y ss.; KRIELE, *op. cit.*, nota 1, pp. 144 y ss.); y de donde, además, resulta la idea de los catálogos de *topoi* agrupados por sector o por tema, entendidos como el cuadro sinóptico de los conocimientos disponibles al respecto (este modo de entender la tópica ha sido el más difundido históricamente, sin embargo constituye la razón del abandono de la tópica ante la expansión de las posturas analítico-científicas; cfr. ZIPPELIUS, *op. cit.*, nota 44, p. 2231). En razón de lo anterior resulta coherente la concepción de la tópica jurídica como conjunto de aforismos que sintetizan y vulgarizan a los principios jurídicos (véanse los ejemplos planteados por VIEHWEG, *op. cit.*, p. 37), así como a la concepción del *jus civile* como actividad encaminada a la redacción de compilaciones de puntos de vista utilizables en la discusión de los problemas jurídicos (véase *ibidem*, p. 59). Resulta entonces evidente que Viehweg se haya inspirado en una concepción retórico-escolástica tanto de la tópica como del *jus civile*.

■ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ■

⁵³ Sobre las características estructurales del *topos* véase STRUCK, *Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit*, Frankfurt am Main, 1971, pp. 14 y ss., 38 y ss., 47 y ss.

⁵⁴ Cfr. VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 35 y ss., 58 y ss.; STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 20 y ss., 55 y ss. Con ello, por otra parte, no queda demostrada la antítesis radical entre tópica y sistemática: el catálogo tópico es muchas veces un sistema rudimentario, o puede ser entendido como la vulgarización de un sistema (cfr. KRIELE, *op. cit.*, nota 1, p. 145).

⁵⁵ Al respecto, la objeción decisiva a las tesis de Viehweg proviene de LARENZ, *Methodenlehre*, cit., nota 1, pp. 153 y ss., quien observa que el punto débil de dichas tesis consiste en no haber precisado el contenido del concepto de *topos* jurídico, respecto al cual queda una ambigüedad de fondo que termina por repercutir sobre la misma idea general de aplicación de la tópica al derecho.

⁵⁶ Cfr. VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 18, 42 y ss. Lo atendible del *topos* subsiste, por lo tanto, dentro de los límites de un grupo social o cultural (cfr. STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 105 y ss.), pero la doctrina tópica deja irresuelto el problema de las condiciones objetivas que son necesarias, en un momento histórico dado y en un ambiente determinado, para que se pueda decir que un *topos* existe.

⁵⁷ Cfr. STONE, *Reasons and Reasoning*, cit., p. 780.

⁵⁸ La única indicación que arroja la doctrina tópica respecto al razonamiento decisorio es que éste debe tener en cuenta los diversos argumentos tópicos que son relevantes en relación con la decisión, sin descuidar ningún punto de vista entre los varios que son potencialmente utilizables (cfr. KRIELE, *op. cit.*, nota 1, p. 140). Se trata, en efecto, de una banalidad, sobre la cual es difícil construir un modelo tópico del razonamiento del juez (en un sentido fuertemente crítico contra la sobrevaloración del papel que tiene la tópica al respecto, véase en general WEINBERGER, *op. ult. cit.*, nota 47, pp. 26 y ss.; *id.*, "Fundamental Problems of the Theory of Legal Reasoning", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n. 58, 1972, p. 332).

⁵⁹ Paradójicamente, la característica principal del *topos* reside en la incertidumbre y en la indeterminación de su significado (cfr. STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 14 y ss., 47 y ss.), de donde se deriva la posibilidad de compenetración semántica entre *topoi* diversos y la imposibilidad de establecer relaciones lógicas entre *topoi* (véase *ibidem*, pp. 55 y ss.).

⁶⁰ Un ejemplo muy significativo lo proporciona una de las obras más difundidas de la literatura tópica del siglo XVI, es decir, los *Loci Argumentorum Legales* de Nicolaus Eueraldus (en la ed. *auctior*, venetiis, MDLVIII). El autor sigue el método tradicional de la redacción en forma de catálogo, y examina 131 *topoi*, entre los cuales aparecen ya sea principios estrictamente jurídicos (por ejemplo, bajo el nombre de *locus a libello ad sententiam* está analizado el principio por el cual *sententia debet esse conformis libello* so pena de nulidad), como temas lógicos y lógico-jurídicos (desde el *locus ab ordine* a los *ab etymologia*, *a generalitate*, *ab exceptione ad regulam*, *a verisimili*, *a simili*, y así sucesivamente). Debe hacerse notar que el catálogo no tiene ningún orden ni división por materias, y comprende una selección casual de los tipos de temas más frecuentes en la argumentación jurídica.

⁶¹ Cfr. por ejemplo el catálogo propuesto por STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 20 y ss., en el cual aparece una serie de principios jurídicos (por ejemplo: *lex posterior derogat legi priori*, *res iudicata pro veritate accipitur*, *audiatur et altera pars*). Al respecto se plantea un problema que la teoría tópica no enfrenta, inherente al hecho de que cuando el *topos* corresponde al contenido de una norma positiva no tiene mucho sentido de

hablar de razonamiento tópico, dado que se trata de interpretar y de aplicar la norma en cuanto tal; por otra parte, si el *topos* contrasta con una norma positiva, evidentemente no es posible que el juez desaplique la norma para juzgar de conformidad con el *topos*.

⁶² Esa es sustancialmente la concepción de Viehweg, quien no define y no distingue los *topoi* que entran en el razonamiento jurídico, e incluso deja del todo indeterminado el concepto de *topos* jurídico, de modo que queda abierta la posibilidad de ampliar *ad libitum* el concepto mismo.

⁶³ Cfr. ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., p. 44.

⁶⁴ Cfr. STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 18 y 79, quien confunde la cláusula general o la norma “en blanco” como espacio de operatividad del *topos* dentro del derecho codificado, y la cláusula general (por ejemplo, el concepto de buenas costumbres) como *topos*.

⁶⁵ La opinión prevaleciente es en el sentido de que la tópica pueda ser considerada, en la mejor de las hipótesis, como una técnica de formulación del problema, pero que no pueda ser entendida, en todo caso, como un método para individuar y fundar la decisión; cfr. KRIELE, *op. cit.*, nota 1, pp. 146 y ss.; ZIPPELIUS, *op. cit.*, nota 44, p. 2233; DIEDERICHSEN, *op. cit.*, nota 44, p. 702; STONE, *op. e loc. ult. cit.*; WEINBERGER, *Topik und Plausibilitätsargumentation*, cit., nota 47, pp. 23 y 28; *id.*, *Fundamental Problems of the Theory of Legal Reasoning*, cit., nota 58, p. 333.

⁶⁶ Cfr., por ejemplo, HORN, *op. cit.*, nota 44, pp. 602 y ss.; STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 58 y ss, 78.

⁶⁷ Cfr. sobre el tema ZIPPELIUS, *op. cit.*, nota 44, p. 2232.

⁶⁸ Cfr. en particular KRIELE, *op. cit.*, nota 1, pp. 146 y ss.

⁶⁹ En el momento en el que el juez deduzca a partir de los valores prevalecientes en un cierto ambiente social los criterios de integración de los espacios “vacíos” del ordenamiento (sobre este tema cfr., con referencia a las cláusulas generales, TEUBNER, *op. cit.*, nota 38, pp. 90 y ss.), surge el problema del modo en el cual la ideología del juez condiciona la percepción de las “normas sociales” y de la valoración de acuerdo con criterios de justicia (punto sobre el cual véase *ibidem*). Por otra parte, no ocasionalmente la remisión a los *topoi* valorativos difundidos en el *ethos* social corre el riesgo de resolverse en una fórmula vacía: lugares comunes como el interés (sobre los cual cfr. ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., p. 38; VIEHWEG *op. cit.*, p. 111) carecen, de por sí, de contenido específico y operan, en un sentido o en otro, dependiendo del tipo de interés que el juez toma en cuenta. Pero entonces no es el *topos* el que determina el juicio, sino la elección de valor con la cual el juez concretiza el *topos*: la decisión es justa o injusta dependiendo de la “norma social” no en la medida en que sea tópica o no tópica, sino en la medida en que la elección del juez es o no conforme con los valores sobre los cuales dicha “norma” se funda.

⁷⁰ El tema no es abordado bajo este perfil en la obra de VIEHWEG; para observaciones útiles pero episódicas al respecto cfr. STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 78 y ss.; y en general cfr. HORN, *op. cit.*, nota 44, pp. 604 y ss.

⁷¹ Cfr. el § precedente.

⁷² Que la argumentación tópica no tenga propiedades lógicas características, no significa, por otra parte, que ésta sea alógica, sino solamente que en ella pueden estar presentes las varias formas que figuran en la argumentación lógica en general (tal vez con alguna limitación inherente a la deducción en sentido estricto). El hecho de que el *topos* solo proporcione premisas “opinables” indica, por una parte, que la argumentación relativa se coloca sobre el plano dialéctico (cfr. BODENHEIMER, “A Neglected Theory of

■ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ■

Legal Reasoning", en *Journal of Legal Education*, n. 21, 1969, pp. 378 y ss.), y por otra parte, que sobre dichas premisas puede fundarse, en línea de máxima, solamente una inferencia de forma inductiva, que sólo es idónea para producir conclusiones que pueden ser atendibles en diverso grado, pero que no son "ciertas". Todo ello implica, de cualquier manera, que el único test de validez de la argumentación está constituido por la lógica de la inferencia; *cfr.* en ese sentido WEINBERGER, *Topik und Plausibilitätsargumentation*, cit., nota 47, pp. 32 y ss.

⁷³ *Cfr.* VIEHWEG *op. cit.*, pp. 21 y ss., 54 y ss.

⁷⁴ *Cfr.* STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 76 y ss.

⁷⁵ Sobre el tema, *cfr.* TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 426 y ss. Sobre la instrumentalidad y la variabilidad del uso de dichos argumentos *cfr.* LAZZARO, *Gli Argomenti dei giudici*, cit., nota 15, *passim*.

⁷⁶ *Cfr.*, por ejemplo, EUERALDUS, *op. cit.*, pp. 1 y ss., 61, 181 y ss.

⁷⁷ *Cfr.*, por ejemplo, el catálogo propuesto por STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 20 y ss.

⁷⁸ La máxima de la experiencia puede ser definida como *topos* en la medida en la que siga siendo indeterminado su efectivo peso cognoscitivo, y se identifique en ella una aserción típica del sentido común, fundada sobre una percepción genérica del *id quod plerumque accidit*. Dicha definición se vuelve dudosa, sin embargo, en la medida en la que se individualice la forma lógica y el contenido cognoscitivo de la aserción que constituye en concreto la "máxima" (para un análisis más amplio sobre el tema, véase TARUFFO, "Certeza e probabilità nelle presunzioni", en *Foro Italiano*, 1974, V, pp. 68 y ss., así como las indicaciones posteriores).

⁷⁹ *Cfr.* ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 44 y 222.

⁸⁰ *Cfr.* STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 89 y 101. Sobre el uso, en particular, del *argumentum ex auctoritate* en la justificación de la decisión *cfr.* FRIEDRICH, "The Problem of Authority in Legal Reasoning", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, n. 59, 1973, pp. 179 y ss.

⁸¹ *Cfr.* la reseña crítica de las varias opiniones en HOROVITZ, *Law and Logic*, Viena-Nueva York, 1972, pp. 328 y ss. En el sentido de que no se trata de un argumento lógico *cfr.*, por el contrario, TAMMELO, *Outlines of Modern Legal Logic*, cit., nota 17, pp. 129 y ss.; AMATO, *Logica Simbolica e diritto*, Milán, 1969, pp. 129 y ss.

⁸² *Cfr.* KALINOWSKI, *Introduzione alla logica giuridica*, cit., nota 17, pp. 228 y ss., 235 y ss.; HELLER, *op. cit.*, nota 30, p. 132; GREGOROWICZ, "L'argument a majori ad minus et le problème de la logique juridique", en *Logique et Analyse*, n. 5, 1962, pp. 66 y ss. Lo dicho en el texto no significa que se trate de inferencias lógico-formales en sentido estricto, sino que subsisten, para cada tipo de argumento, condiciones lógicas de uso vinculadas a su estructura, en relación con las cuales es posible establecer si el argumento está utilizado de manera válida o no.

⁸³ En ese sentido, al contrario, STRUCK, *op. cit.*, nota 53, p. 21.

⁸⁴ *Cfr.* al respecto ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 39 y ss., 87 y ss., 107 y ss., 141 y ss., y en general toda la obra, en la cual el problema del recurso a los principios generales del derecho no está planteado en una perspectiva tópica (a pesar de existir alguna referencia a la misma), sino, precisamente, en el marco constituido por la estructura del ordenamiento y por la teoría y praxis de la interpretación. En un sentido diferente *cfr.* ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit., nota 1, p. 153.

⁸⁵ En ese sentido *cfr.* en general WEINBERGER, *Topik und Plausibilitätsargumentation*, cit., nota 47, pp. 32 y ss.

⁸⁶ Cfr. en particular STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 99 y ss.

⁸⁷ En relación con los márgenes de maniobra argumentativa permitidos por las características de indeterminación y de ambigüedad semántica del *topos* cfr. STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 14 y ss., 38 y ss., y en particular respecto de la acentuación retórico-persuasiva de la argumentación que aprovecha de dichas características por fuera de toda regla lógica y con la única finalidad de obtener el consenso de su interlocutor, véanse las pp. 100 y ss. de la obra referida.

⁸⁸ Cfr. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit., nota 1, p. 152; WEINBERGER, *op. e loc. ult. cit.*

⁸⁹ Cfr. ESSER, *op. e loc. ult. cit.*

⁹⁰ Cfr. STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 71 y ss.

⁹¹ Sobre la función del estilo argumentativo tópico como trámite del consenso y del control externo cfr. ESSER, *op. e loc. ult. cit.* pp. 151 y ss.

⁹² Sobre esta definición cfr. ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 44 y 218.

⁹³ Admitido el hecho de que la decisión y la motivación deben ser coherentes con determinados valores, no debemos concluir que el método decisorio tópico y el estilo argumentativo tópico sean la única vía para permitir esa coherencia. En efecto, subsisten al menos otras dos posibilidades: la primera está representada por la relevancia sociológica de los valores, de su alcance y difusión, con la finalidad de obtener datos idóneos para fundar inferencias inductivas (cfr. HOROVITZ, *Law and Logic*, cit., nota 81, pp. 80 y 218); la segunda está constituida por el análisis ideológico de las implicaciones valorativas que están presentes en la decisión, y proporciona un marco de posibles comparaciones entre la ideología del juez y la de la sociedad (sobre el punto de la "racionalidad ideológica" de los juicios de valor del juez, véase *infra* cap. V, § 2, inciso d)).

⁹⁴ Sobre el tema cfr. STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 38 y ss.

⁹⁵ En este sentido cfr. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit., nota 1, pp. 43 y ss., 152.

⁹⁶ Sobre este punto se centra especialmente la crítica marxista de la doctrina tópica, resaltando el hecho de que se trata de un modo para reprimir la dialéctica de los intereses de clase, y para disimular los conflictos a través de un "democraticismo verbal" ficticio; cfr. por ejemplo KLENNER, "Juristische Argumentation in Brüssel", en *Neue Justiz*, 1972, p. 17.

⁹⁷ El problema del control sobre la justicia de la decisión y el del consenso social sobre ella deden ser separados de manera neta (mientras que en cambio hay una tendencia a confundirlos por parte de ESSER, *op. e loc. ult. cit.* pp. 151 y ss.). En efecto, puede existir consenso sin control, es decir, sin una postura crítica consciente; no sólo es más probable que exista consenso en la medida en la que el control crítico efectivo sea menos intenso (cfr. al respecto LUHMANN, *op. cit.*, nota 41, pp. 196 y ss., 251 y ss.). Por otra parte, el control debe poder producir disenso, debido a que, en caso contrario, sería ficticio. En consecuencia, la valoración en torno a la función de la argumentación tópica no puede ser positiva *a priori*, debido a que ésta puede ser usada tanto para inducir un consenso acrítico, como para suscitar un control crítico.

⁹⁸ Sobre el problema sociológico de la legitimación social de la actuación del juez a través de la inducción de un contexto acrítico, como instrumento de neutralización de los conflictos internos del sistema cfr. LUHMANN, *op. cit.*, nota 41, pp. 27 y ss., 128 y ss.

⁹⁹ Cfr. en particular PERELMAN, "Raisonnement juridique et logique juridique", en *Archives de philosophie du droit*, n. XI, 1966, pp. 1 y ss. e *id.*, "La raisonnement juridique", en *id.*, *Droit, morale et philosophie*, París, 1968, pp. 85 y ss., así como *passim* en PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*,

■ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ■

trad. it., Turín, 1966. Para indicaciones ulteriores y para un examen global del problema *cfr.* GIANFORMAGGIO BASTIDA, *Gli argomenti di Perelman dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Milán, 1973, pp. 134 y ss.

¹⁰⁰ *Cfr.* al respecto GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 169 y ss.

¹⁰¹ *Cfr.* en tal sentido GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 148 y ss.

¹⁰² La tesis de fondo es que la lógica (entendida de manera reduccionista como lógica formal, deductiva y demostrativa) no es aplicable al razonamiento jurídico que, por lo tanto, no debe ser definido como "lógico", sino solamente como "razonable" de acuerdo con los criterios de persuasividad dictados por la teoría de la argumentación retórica; *cfr.* PERELMAN, "Introduction au colloque sur la théorie de la preuve", en *Revue Internationale de Philosophie*, núm VIII, 1954, pp. 5 y ss.; *id.*, "Le rôle de la décision dans la théorie de la connaissance", en *id.*, *Justice et raison*, Bruselas, 1963, pp. 121 y ss.; *id.*, "Logique formelle, logique juridique", en *Logique et Analyse*, n. 3, 1960, pp. 218 y ss.; *id.*, "Désaccord et rationalité des décisions", en *Droit, morale et philosophie*, cit., pp. 103 y ss.; *cfr.* además los dos textos citados en la anterior nota 99.

La tesis en cuestión fue sometida a críticas muy penetrantes, especialmente dirigidas a demostrar cómo ésta se funda en una concepción poco atendible de la lógica, de manera tal que falsea la relación lógica-derecho. En ese sentido *cfr.* HOROVITZ, "Esposé et critique d'une illustration du caractère prétendu non formel de la logique juridique", en *Archives de philosophie du droit*, 1966, pp. 181 y ss.; *id.*, *Law and Logic*, cit., nota 81, pp. 105 y ss., 123 y ss. Para la negación de la alternativa entre lógica y argumentación *cfr.* WEINBERGER, *Topik und Plausibilitätsargumentation*, cit., nota 47, pp. 31 y ss.; *id.*, *Fundamental Problems of the Theory of Legal Reasoning*, cit., nota 58, pp. 332 y ss.

¹⁰³ *Cfr.* PERELMAN, "La spécificité de la preuve juridique", en *Justice et raison*, pp. 206 y ss. En general sobre el punto, y para indicaciones ulteriores, *cfr.* GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 142 y ss.

¹⁰⁴ *Cfr.* PERELMAN, "Jugements de valeur, justification et argumentation", en *Justice et raison*, pp. 234 y ss.; PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, nota 99, pp. 79 y ss., 190 y ss. y *passim*. Sobre este problema *cfr.* ampliamente GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 85 y ss.

¹⁰⁵ Esta tesis constituye la línea conductora de todo el *Trattato dell'argomentazione*, cit., el cual se presenta incluso como la exposición sistemática de la "lógica" en los ámbitos en los cuales no opera la lógica deductivo-demostrativa, entre los cuales se encuentran el derecho y el razonamiento del juez. En ese sentido, *cfr.* la *Prefazione* de Bobbio a la traducción italiana del *Trattato*, y véanse también, en las pp. XI y ss., las referencias a escritos de otros autores que se pronuncian en el mismo sentido.

¹⁰⁶ Sobre la noción de auditorio universal *cfr.* principalmente PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, nota 99, pp. 28 y ss. y *passim*; *cfr.* también GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 216 y ss. Véase además *infra* en el texto.

¹⁰⁷ Sobre este punto *cfr.* en particular PERELMAN, *Raisonnement juridique et logique juridique*, cit., nota 99, p. 85; *id.*, *Raisonnement juridique et logique juridique*, cit., nota 99, pp. 1 y ss.; *id.*, en *Logique et Analyse*, n. XIII, 1970, pp. 26 y ss.

¹⁰⁸ Sobre esa relación entre análisis del razonamiento jurídico y teoría de la argumentación *cfr.* PERELMAN, "Ce qu'une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe", en *Justice et raison*, cit., pp. 244 y ss.; *id.*, "Ce que le philosophe peut apprendre par l'étude du droit", en *Droit, morale et philosophie*, cit., pp. 135 y ss. La finalidad instrumental que reside en este modo de plantear el problema es justamente puesta en evidencia por GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 136, 148 y ss.

¹⁰⁹ Para una atenta individuación de la problemática filosófica en la cual se inserta la *Nouvelle Rhétorique*, y de las exigencias metodológicas a las cuales ésta responde, *cfr.* GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 32 y ss., 73 y ss.

¹¹⁰ Sobre el tema *cfr.* por ejemplo PERELMAN, *La spécificité de la preuve juridique*, cit., nota 103.

¹¹¹ Por lo demás, debe ponerse en relieve el hecho de que Perelman tiende a observar subsistencias o reafirmaciones de esa imagen con una frecuencia mucho mayor de lo que en realidad no ocurre en las recientes teorías del derecho. Como lo demuestra su postura simplificadora y que reduce la doctrina kelseniana (*cfr.* PERELMAN, “La théorie pure du droit et l’argumentation”, en *Droit, morale et philosophie*, cit., pp. 95 y ss.). La rígida contraposición, frecuentemente delineada de manera bastante artificiosa, entre concepción demostrativa y concepción argumentativa del razonamiento jurídico, resulta condicionada, además, por el hecho de que Perelman evita distinguir el lenguaje de las normas (es decir la estructura del ordenamiento normativo) del discurso sobre las normas (es decir, la estructura del razonamiento del juez o del jurista, que vierte sobre las normas). Viceversa, esa distinción claramente está presente, por ejemplo, justo en la doctrina kelseniana, en donde la concepción lógico-sistemática del ordenamiento está acompañada de una concepción “creativa” y voluntarista del razonamiento interpretativo y aplicativo (*cfr.* KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. de M. Losano, Turín, 1966, pp. 267 y ss., 381 y ss.).

¹¹² *Cfr.* BAYART, “Le centre national belge de recherches de logique”, en *Archives de philosophie du droit*, n. XI, 1966, pp. 171 y ss.

¹¹³ *Cfr.* GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 148 y ss.

¹¹⁴ Para Perelman, en consecuencia, la especificidad del razonamiento jurídico consiste simplemente en el hecho de que éste no puede ser completamente reducido al razonamiento matemático (véase *La spécificité de la preuve juridique*, *La preuve*, IV, Bruxelles 1963; así como *passim* en los diversos escritos ya citados). Se trata, como es fácil observar, de una noción de especificidad absolutamente genérica que, siendo preeminentemente negativa, prescinde de toda definición de las pretendidas características típicas del razonamiento jurídico.

¹¹⁵ Para una aguda crítica al pensamiento de Perelman en el sentido mencionado *cfr.* HOROVITZ, *Law and Logic*, cit., nota 81, pp. 83 y ss., 105 y ss.

¹¹⁶ *Cfr.* al respecto BOBBIO, “Sul ragionamento dei giuristi”, en *Rivista di diritto civile*, 1955, pp. 5 y ss.

¹¹⁷ En ese sentido BOBBIO, *op. e loc. ult. cit.*; GAVIZZU, “Logica giuridica”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, t. IX, 1963, p. 1066.

¹¹⁸ En tal sentido *cfr.* GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, p. 148.

¹¹⁹ *Cfr.* al respecto GAVIZZU, *op. e loc. ult. cit.*

¹²⁰ *Cfr.* BOBBIO, *op. ult. cit.*, pp. 6 y ss.

¹²¹ *Cfr.* PERELMAN, *Raisonnement juridique et logique juridique*, cit., nota 99, pp. 1 y 3; *id.*, *Raisonnement juridique*, cit., nota 99, p. 85.

¹²² Debe hacerse notar al respecto que, aun cuando la teoría de la argumentación es presentada como lógica de la deliberación racional (*cfr.* por ejemplo PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, nota 99, pp. 3 y ss., 49 y ss. y *passim*), se indica, no obstante, su función preeminente como técnica para acreditar una deliberación ajena proporcionando un ejemplo de deliberación justificada. En todo caso, el acento regularmente está puesto en la justificación argumentativa de la deliberación, más que sobre la formación argumentativa de la deliberación misma. Una excepción al respecto

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

la representa la así llamada “deliberación íntima” (respecto de la cual véase *ibidem*, pp. 43 y ss.).

¹²³ La observación de que la lógica del derecho de Perelman es monocorde (cfr. GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. e loc. ult. cit.*) es, por lo tanto, perfectamente legítima. No obstante, vale la pena subrayar que esa concepción de la lógica implica una *reductio* del razonamiento del juez, en la cual son descuidados de manera deliberada todos los elementos que podrían contrastar con ella, de manera que se le resta validez a toda pretensión por considerarla una representación del razonamiento jurídico, y en especial de la motivación.

¹²⁴ Cfr. principalmente PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, nota 99, pp. 19 y ss. y *passim*. Sobre las conexiones entre razón práctica, argumentación y asentimiento del auditorio, cfr. además, PERELMAN, “Justice et raison, e désaccord et rationalité des décisions”, en *Droit, morale et philosophie*, cit., pp. 46 y ss., 103 y ss.; *id.*, “Raison éternelle, raison historique”, “La rôle de la décision dans la théorie de la connaissance”; “Rapports théoriques de la pensée et de l’action”; “Jugements de valeur, justification et argumentation”, en *Justice et raison*, cit., pp. 95 y ss., 121 y ss., 175 y ss., 234 y ss.

¹²⁵ Sobre la definición del concepto de auditorio universal como fuente del criterio de racionalidad de la argumentación cfr. PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, nota 99, pp. 33 y ss., 70 y ss. y *passim*. Para ulteriores reflexiones sobre este punto véase GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 216 y ss.

¹²⁶ En este sentido cfr. por ejemplo HOROVITZ, *Law and Logic*, cit., nota 81, pp. 123 y ss.; STOECKLI, *op. cit.*, nota 44, p. 590; STONE, *Human Law and Human Justice*, Stanford, California, 1965, p. 327 y ss.

¹²⁷ Cfr. GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, p. 217.

¹²⁸ En este sentido cfr. WEINBERGER, *Fundamental Problems of the Theory of Legal Reasoning*, cit., nota 58, p. 333.

¹²⁹ Cfr. WEINBERGER, *op. ult. cit.*, nota 58, p. 331. Sobre la ideología conservadora que subyace a la concepción perelmaniana de la racionalidad cfr. principalmente GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 29 y ss., 226 y ss. En particular, por lo que hace a la influencia de esa ideología sobre la visión que Perelman tiene del juicio, cfr. TARELLO, “I ragionamenti dei giuristi tra teoria logica e teoria dell’argomentazione”, en *id.*, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bolonia, 1974, pp. 466 y ss.

¹³⁰ Cfr. STONE, *op. e loc. ult. cit.*; en el mismo sentido, pero desde el punto de vista de la doctrina marxista, cfr. KLENNER, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³¹ Cfr. PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, nota 99, pp. 43 y ss.

¹³² Cfr. al respecto PERELMAN, “Justice et justification. Le raisonnement juridique. Désaccord et rationalité des décisions”, en *Droit, morale et philosophie*, cit., pp. 33 y ss., 92 y ss., 103 y ss.

¹³³ Cfr. en ese sentido HOROVITZ, *Law and Logic*, cit., nota 81, p. 127.

¹³⁴ Cfr. WEINBERGER, *Topik und Plausibilitätsargumentation*, cit., nota 47, pp. 28, 31 y ss.; *id.*, *Fundamental Problems of the Theory of Legal Reasoning*, cit., nota 58, pp. 331 y ss.

¹³⁵ Sobre la relevancia de la distinción entre los diversos *fields of argument* con la finalidad de individuar ciertos conceptos de racionalidad cfr. GOTTLIEB, *The Logic of Choice*, cit., pp. 29 y ss., quien también distingue netamente el campo del razonamiento científico frente al del razonamiento jurídico, aun partiendo de una concepción retórico-argumentativa de este último.

▪ Michele Taruffo ▪

¹³⁶ Al respecto *cfr.* en general, DENTI, “Scientificità della prova e libera valutazione del giudice”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1972, pp. 431 y ss.

¹³⁷ *Cfr.* WEINBERGER, *Fundamental Problems of the Theory of Legal Reasoning*, cit., nota 58, p. 332. Sobre los componentes metafísicos e ideológicos de dichos fundamentos, y para referencias en torno a su insuficiencia bajo el perfil metodológico *cfr.* TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 461 y ss.

CAPÍTULO V

LA ESTRUCTURA RACIONAL DEL JUICIO Y DE LA MOTIVACIÓN

SUMARIO: 1. Premisas para un análisis del razonamiento del juez, *a.* Discontinuidad cualitativa de dicho razonamiento, *b.* Razonamiento decisorio y discurso justificativo, *c.* El concepto de elección en la estructura del juicio; 2. Características generales del razonamiento decisorio, *a.* La individuación de la *ratio decidendi*, *b.* La individuación de la norma, *c.* La constatación de los hechos, *d.* La calificación jurídica de los hechos concretos del caso, *e.* La decisión, *f.* La racionalidad del razonamiento decisorio; 3. La estructura de la motivación, *a.* El primer nivel de justificación: la estructura lógica de la decisión, *b.* El segundo nivel de justificación, *c.* Los dos grados de justificación, *d.* Los conceptos de racionalidad de la justificación, *e.* Tipos y estructuras de justificación racional, *f.* Estilo y estructura de la motivación, *g.* Pluralidad de *rationes decidendi* y *obiter dicta*.

1. PREMISAS PARA UN ANÁLISIS DEL RAZONAMIENTO DEL JUEZ

La discusión llevada a cabo en el capítulo precedente indujo a constatar que no se dispone, visto el estado actual del problema, de un modelo exhaustivo y unitario que permita identificar la estructura del juicio, ni tampoco, que es lo que más nos interesa en esta investigación, de la motivación. Por otra parte, las conclusiones negativas que alcanzamos al respecto, no tienen que ver únicamente con la insuficiencia de los modelos individuales que se tomaron en cuenta, sino que nos inducen a formular una consideración de orden más general: probablemente es imposible

delinear un esquema estructuralmente homogéneo y unitario del razonamiento del juez —ya sea el decisorio como del justificativo— que permita ilustrar simultáneamente todos los momentos en los cuales se articula dicho razonamiento.¹

En efecto, todo modelo homogéneo corre el riesgo de ser unilateral, de modo que esa pretendida homogeneidad es, en realidad, ficticia, y es lograda a condición de considerar como inexistentes o como no esenciales todos los aspectos contrastantes con la misma. Los ejemplos en ese sentido no faltan y son, por el contrario, particularmente significativos: el modelo del silogismo judicial se presenta como dotado de una notable unidad y coherencia interna, constituida por el hecho de que el modelo mismo está basado en la repetición sistemática del módulo lógico del silogismo. Es fácil observar, sin embargo, que dicha unidad estructural se obtiene con el descuido de los elementos no lógicos o no deductivos que también están presentes en el razonamiento del juez. De manera análoga, el modelo retórico pretende recoger la “especificidad” del razonamiento del juez definiéndolo unitariamente como discurso argumentativo, pero la reducción del *definiendum* dentro de los márgenes del modelo es posible a cambio de descuidar el hecho de que el juez opera también con instrumentos lógicos y cognoscitivos, cuya función no es posible comprender manteniéndose exclusivamente dentro de la óptica del razonamiento tópico o de la argumentación retórica. De la misma manera, una concepción irracionalista del razonamiento del juez puede parecer exhaustiva solo a condición de descuidar los aspectos racionales de dicho razonamiento. En el trasfondo de elecciones metodológicas de este tipo hay presupuestos culturales e ideológicos que explican la génesis de los diversos modelos unitarios, y por lo tanto reductores, del razonamiento del juez; no obstante, ello no desestima el hecho de que ninguno de los modelos a los que hemos hecho referencia hasta ahora pueda asumirse como una representación lograda del razonamiento del juez y de la motivación, y que, de manera más general, dicha representación no pueda tampoco ser alcanzada mediante perspectivas unitarias (que son parciales).

Debe precisarse de inmediato, por otra parte, que lo anterior no implica la imposibilidad de analizar la decisión y la motivación, así como de identificar sus elementos estructurales: debe evitarse, en efecto, el habitual sofisma que está a la base de toda disolución irracional del problema,

según el cual de la insuficiencia de todo modelo lógico “total” debería deducirse la imposibilidad de cualquier configuración racional del razonamiento del juez.² La racionalidad del razonamiento del juez no deriva ni de la existencia de una estructura formal obligada, ni de su unilateralidad y homogeneidad lógica. Esa racionalidad subsiste, al contrario, en la medida en la que diversos factores que entran en dicho razonamiento tienen una propia racionalidad relativa a su diverso modo de operar, y en la medida en la que aquellos se organizan en un contexto flexible en cada caso; contexto que es coherente respecto a la función que el razonamiento del juez está destinado a jugar, dependiendo de que se trate del proceso decisorio (encaminado a la formulación de una decisión racional), o del procedimiento justificativo (encaminado a la formulación de una motivación racional de la decisión).

El problema, por lo tanto, también es el de elaborar modelos que sean representativos de la estructura de estos procedimientos, en los cuales la renuncia a lograr la absoluta homogeneidad y coherencia interna, debería permitir conseguir una mayor eficacia representativa del modelo respecto al fenómeno analizado.³

La finalidad primaria de la investigación que estamos desarrollando no es la de elaborar descripciones del razonamiento decisorio y del discurso justificativo que pretendan tener un carácter de completitud. No se intentará, por lo tanto, describir la estructura racional de la motivación presentando un paradigma lógico de validez general, en tanto que ello entraría en contraste con la obvia constatación de que la motivación de la sentencia no presenta la misma estructura en los diversos ordenamientos y momentos históricos, ni tampoco al interior de un mismo ordenamiento en un momento histórico determinado. Por el contrario, vale la pena poner en evidencia cuáles son los componentes fundamentales que pasan a formar parte del razonamiento del juez y que resultan estar dotados de características autónomas y recíprocamente irreducibles: la estructura global del razonamiento que las comprende es evidentemente diferente dependiendo del modo con el que éstas son combinadas y organizadas en un discurso específico, y es fácil comprender que la gama de posibilidades en ese sentido escapa a cualquier definición general. Sin embargo, son precisamente la autonomía y la especificidad de cada una de las piezas de las que necesariamente el mosaico se compone, las que explican una doble eficiencia estructurante en relación con el razonamiento

entendido de manera global: por una parte, la lógica y la racionalidad particulares que caracterizan las diversas fases del razonamiento del juez determina su colocación dentro de la estructura global del razonamiento mismo, de manera que es la naturaleza específica del juicio o del argumento en lo particular, la que establece las condiciones de validez del uso que el juez puede hacer de él.⁴ Por otra parte, la función (decisoria o justificativa) del razonamiento del juez determina su estructura interna y, por lo tanto, determina también los modos de uso de cada tipo de juicio o de argumento en particular, en relación con las características que le son peculiares. La estructura global del razonamiento del juez nace, por lo tanto, de la interrelación entre la función del razonamiento globalmente considerado y la función que en el ámbito del mismo juega cada uno de los elementos que lo componen. No se trata, evidentemente, de una estructura simple y homogénea, pero permite individuar, sin embargo, las que podrían considerarse como las constantes formales de un fenómeno cuya “naturaleza” concreta conoce una variedad de manifestaciones prácticamente infinita.

La secuela de las reflexiones que realizaremos en este capítulo consistirá en un examen sintético de dichos componentes y de sus posibles configuraciones al interior del razonamiento decisorio y justificativo, así como de las consecuencias que se desprenden en relación con la estructura global del mismo razonamiento. Para realizar dicho examen deben hacerse, a manera de premisa, algunas consideraciones de orden metodológico general, con la finalidad de liberar el campo de una serie de posibles malentendidos, y de indicar las líneas esenciales de la perspectiva en el que el mismo será realizado.

a. Discontinuidad cualitativa de dicho razonamiento

La primera precisión deriva del hecho de que, a pesar de que ninguno de los modelos propuestos para el razonamiento del juez logra proporcionar —como hemos podido ver— una representación cualitativamente unitaria y, al mismo tiempo, exhaustiva; a dichos modelos debe reconocérseles, sin embargo, una validez parcial, es decir, la capacidad de expresar en sus respectivas características peculiares diversos momentos que forman parte de los razonamientos decisorio y justificativo del juez. Por ejemplo, aunque el esquema deductivo se presenta como

claramente no idóneo como modelo global de dicho razonamiento, no se puede negar su utilidad para definir algunas de sus fases; de manera análoga debe excluirse que el esquema retórico argumentativo agote la naturaleza del razonamiento en cuestión, pero debe reconocerse el que éste pone en evidencia algunos componentes que evidentemente presenta dicho razonamiento.

El razonamiento del juez no puede ser descrito, en consecuencia, a partir de un criterio cualitativo constante: se trata, al contrario, de una *entidad compleja y cualitativamente heterogénea*, en la cual encontramos segmentos que pueden ser definidos en cada ocasión de acuerdo con una o más formas lógicas, o bien según esquemas de calificación cuasilógicos o meramente tópicos, valorativos o retóricos. El carácter unitario de dicho razonamiento no deriva por lo tanto de la homogeneidad de todos sus componentes, sino de la función que el mismo juega: el razonamiento decisorio puede ser identificado de manera autónoma en la medida en la que éste está finalizado a la formulación de la decisión; el razonamiento justificativo deriva su unidad por el hecho de estar objetivado en la motivación, pero además en la medida en la que parte de la decisión para justificarla (o, si se quiere, parte de las premisas que sirven para fundar racionalmente a la decisión). La función típica de dichos razonamientos permite distinguirlos de los razonamientos que responden a funciones diversas, pero permite también analogías con razonamientos que expresan formas similares (por ejemplo, entre el razonamiento decisorio y el razonamiento ético, o entre el discurso justificativo del juez y aquél de cualquier otra persona que deba justificar racionalmente una decisión.⁵ No resulta importante, bajo este aspecto, la pretendida especificidad cualitativa del razonamiento del juez; ésta subsiste solamente respecto del objeto específico en relación con el cual está orientado el discurso, y respecto al sujeto que lo expresa (es el juez quien debe decidir conforme al método judicial una controversia jurídica; y es el juez quien debe justificar de hecho y de derecho una decisión judicial).

La función hacia la cual está orientada el discurso del juez determina, por lo tanto, su estructura interna, pero determina también la función de los diversos elementos que lo constituyen, los cuales, a pesar de su heterogeneidad lógica y ontológica, están vinculados por nexos que establecen su papel dentro de la estructura global del discurso. La consecuencia de todo ello es que el análisis de los razonamientos típicos del juez no nos

proporciona criterio alguno para comprender o excluir de ellos, *a priori*, éste o aquél componente. Ello permite, y vuelve legítima, la recuperación, al menos parcial, de algunos de los resultados a los cuales llegaron los diversos intentos por construir modelos globales del razonamiento del juez, en la medida en la que éstos proporcionan definiciones aceptables de algunos segmentos de ese razonamiento. La vía que queda abierta es, pues, la de indagar sobre las estructuras de fondo que organizan el discurso del juez según la función que le es propia, unificando dentro de una red de conexiones recíprocas a los varios componentes de ese discurso; no podrá tratarse, evidentemente, de una descripción completa ni de un sistema indubitable de implicaciones lógicas, sino más bien un sistema abierto de nexos funcionales idóneo para constituir la estructura constante que está a la base de las más diversas manifestaciones concretas que se pueden tener, ya sea del razonamiento decisorio, como del discurso justificativo. La determinación de las características específicas de dichas manifestaciones y del “valor” o del “peso” que asume en cada ocasión “éste o aquél” elemento no entre en el análisis estructural del razonamiento del juez, sino en el análisis empírico sobre razonamientos concretos efectuados por los jueces en los diversos ordenamientos y en los diferentes momentos históricos.

b. Razonamiento decisorio y discurso justificativo

El análisis estructural del razonamiento del juez debe partir, necesariamente, de la individuación de la función típica de dicho razonamiento. Mientras que la estructura del razonamiento decisorio está condicionada por el hecho de que la finalidad que éste persigue es alcanzar la decisión, la estructura de la motivación está condicionada por el hecho de que ésta está encaminada a justificar la decisión. En el transcurso de la investigación que antecede hemos identificado numerosas casos que confirman dicha distinción, y éstos deberían ser suficientes para fundar su validez general. Además, la distinción mencionada encuentra, por otra parte, un fundamento adicional en la medida en la que se revela que se trata de una manifestación particular, que opera dentro del razonamiento del juez, de un principio de carácter más general que es válido en relación con cualquier tipo de procedimiento racional. Éste consiste en la distinción fundamental que la metodología lógica y científica ha trazado entre *context of discovery* y

context of justification (u *of explanation*), entendiendo con el primer término el procedimiento que conduce a formular una determinada solución de un problema, y con el segundo el procedimiento encaminado a demostrar, justificándola, la validez de dicha solución.⁶

La distinción entre contexto decisorio y contexto justificativo implica que el análisis del razonamiento del juez sea realizado tomando en cuenta la diferencia estructural entre los dos contextos: la “lógica del juez” es diversa dependiendo de que se trate de la lógica usada como instrumento de decisión o como instrumento de motivación. De manera análoga, el papel y la relevancia que pueden atribuírsele a los diversos segmentos del razonamiento del juez varían en los dos contextos y, en todo caso, deben ser definidos de manera autónoma en cada uno de ellos. En tal virtud, cada modelo del razonamiento del juez debe contar con dos modelos distintos, cada uno de los cuales es inherente a la formación de la decisión y a su motivación; de ello se desprende lo inadecuado de todo esquema que, pretendiendo agotar el *definiendum*, tenga que ver con sólo uno de los dos campos, o confunda los elementos típicos de uno con los del otro.⁷

Como también se ha señalado repetidamente, la distinción que nos ocupa no excluye que, de hecho, haya coincidencias o interferencias entre los dos procedimientos, pero éstas no eliminan la distinción antes mencionada: decir que “muss man sich entscheiden, wie man das Ergebnis begründet”,⁸ significa indicar *un canon* de comportamiento encaminado a garantizar la racionalidad de la decisión y a facilitar la motivación, pero no implica la unificación de *Entscheidung* y *Begründung*.

La distinción mencionada permite analizar la motivación como un ejemplo particular de *context of justification*, que es autónomo del *context of discovery* representado por el procedimiento decisorio, aunque no deben ser subvaluados los vínculos que pueden existir entre los dos tipos de razonamiento. En todo caso, a propósito de la motivación, debe hacerse una precisión ulterior que es inherente a la distinción entre el razonamiento justificativo, entendido como una actividad encaminada a seleccionar y articular las razones que pueden utilizarse para justificar la decisión, y como el resultado lingüístico de dicha actividad,⁹ es decir, como un “discurso” en el cual el juez expresa dichas razones de acuerdo con un cierto orden lógico. En ese sentido, hablar de estructura justificativa de la motivación significa hacer referencia no al *iter* lógico-psicológico mediante el cual las razones de la decisión son identificadas y formuladas, sino más bien a las

características formales del discurso en las cuales éstas son objetivadas y vueltas explícitas.

Ello permite precisar ulteriormente la relación que media entre el particular *context of discovery* constituido por el procedimiento decisorio y el *context of justification* constituido por la motivación: éstos son diversos no sólo desde el punto de vista estructural, sino también desde el punto de vista fenomenológico, en el sentido de que el primero es una actividad y el segundo un discurso que, además, no es ni siquiera el resultado de dicha actividad. La relación examinada es, en efecto, compleja y mediada a través de un esquema que puede representarse, de manera sintética, de la siguiente manera: razonamiento decisorio (actividad) / decisión (resultado) / razonamiento justificativo (actividad) / motivación (resultado). Dicho esquema implica una serie de distinciones sobre las cuales resulta inútil extenderse. El mismo muestra además, de manera evidente, que si bien los diversos elementos están vinculados recíprocamente por el hecho de incidir en la decisión son, sin embargo, heterogéneos entre sí, lo que permite excluir que haya una identidad estructural, particularmente entre el razonamiento decisorio y la motivación, y entre el razonamiento decisorio y el razonamiento justificativo.

c. El concepto de elección en la estructura del juicio

Se ha dicho anteriormente que para poder identificar las características fundamentales del razonamiento del juez y de la motivación es necesario hacer referencia a modelos estructurales abiertos. En ese sentido, si bien la característica de “apertura” indica la imposibilidad de restringir el fenómeno en estudio dentro de esquemas rígidos y omnicomprendivos, y postula, por el contrario, la necesidad de que el modelo tolere integraciones y modificaciones aun sin perder su identidad fundamental, resulta necesario, por otra parte, precisar qué cosa entendemos al referirnos a modelos “estructurales”. No se trata, ante todo, de modelos “lógicos” en sentido estricto: por un lado, el carácter instrumental de la lógica condiciona y delimita su función al interior de cualquier tipo de razonamiento, de manera tal que debe excluirse el hecho de que cualquier esquema puramente lógico sea idóneo para representar de manera exhaustiva la estructura del razonamiento del juez y de la motivación. *A fortiori*, ello es válido para aquellos modelos que descienden de la repetición articulada de una

única forma lógica (por ejemplo, la inferencia deductiva). Ello no implica, por otra parte, que deba tratarse necesariamente de modelos “no lógicos” en el sentido fuerte del término, que excluye la legitimidad de toda forma lógica en referencia al razonamiento del juez. Una vez reconocido el hecho de que el razonamiento decisorio y la motivación comprenden segmentos “lógicos” y segmentos “no lógicos”, los modelos estructurales adecuados son aquellos que identifican la naturaleza y la función de los diferentes segmentos, y permiten establecer la *ratio* que los organiza y los vincula entre sí: bajo este aspecto, la estructura está determinada por el sistema de los puntos de intersección entre segmentos de naturaleza diversa, que se identifican a partir de su colocación funcional dentro del contexto orgánico global del razonamiento o del discurso.¹⁰

Debido a que el elemento esencial del razonamiento del juez en su conjunto es la decisión —misma que representa al mismo tiempo el objetivo y el resultado del procedimiento decisorio, así como el parámetro de la motivación—, parece necesario deducir de ella al elemento básico para la reconstrucción estructural de dicho razonamiento. Independientemente de otras valoraciones posibles de la decisión judicial, como por ejemplo las que se derivan de la contraposición clásica entre concepción “cognoscitiva” y concepción “voluntarista”,¹¹ ello permite identificar un concepto que recoge la naturaleza operativa fundamental de la decisión, es decir, el concepto de la elección entre muchas alternativas posibles.¹² Es algo intuitivo el sostener que la decisión implica una elección, en el sentido de adoptar una alternativa como “verdadera”, “válida”, “justa”, “útil”, etcétera, es decir, lo mismo que ocurre en otros campos de la actividad humana pero de manera circunscrita al ámbito del juicio jurídico. El juez decide, en ese sentido, en la medida en la que elige una de las diversas soluciones teóricamente posibles de la controversia, y la decisión consiste esencialmente en la de identificar la solución que en los hechos o en la situación en la que se encuentra el juez, se presenta como “más justa” o “más correcta”.

Se trata, obviamente, de un aspecto un tanto banal; la adopción del concepto de elección como eje central del razonamiento del juez revela una notable eficacia en el ámbito del análisis respecto de dicho razonamiento, de manera tal que puede legitimar la asunción en calidad de módulo estructural de base, alrededor del cual es posible organizar el modelo “abierto” del mismo razonamiento. Por un lado, el que la decisión consista en una elección implica que la misma esté precedida por la

formulación de las diversas alternativas y por la identificación de los elementos de hecho y de derecho que fundan a cada una de ellas. Resulta entonces inmediata la constatación de que la elección final versa sobre elementos y presupuestos que a su vez están individuados a través de elecciones, de modo que la decisión se configura como la consecuencia última de una o de más concatenaciones de actos de elección que, poco a poco, han proporcionado las alternativas y los criterios de decisión para elecciones sucesivas. Bajo este perfil, el razonamiento del juez se presenta bajo la estructura de un sistema orgánico de elecciones, vinculado de acuerdo con un cierto orden, y encaminado a la elección final que coincide con la elección propiamente dicha. El *canon* dominante en un contexto similar es que toda elección condiciona a la elección sucesiva —aunque ésta efectivamente se dé no es indispensable— debido a que excluye a otras alternativas, porque son necesarias otras alternativas para configurar los términos de la elección sucesiva: de esta manera emerge un vínculo lógico entre los diversos momentos de la elección que se inscriben en el contexto,¹³ pero también el carácter de apertura fundamental del mismo, debido al hecho de que ni el número, ni la naturaleza, ni el contenido de las elecciones que lo componen pueden ser determinadas *a priori*.

Por otro lado, debe subrayarse el hecho de que toda elección, con excepción de algunos casos de laboratorio, es realizada de acuerdo a criterios y a reglas-guía¹⁴ que son idóneas para consentir la identificación de la alternativa “más justa” en el caso concreto: la estructura de la elección está determinada, por lo tanto, más que por las alternativas sobre las cuales vierte la misma, por las reglas según las cuales es realizada. Dichas reglas, a su vez, no están dadas *a priori*, sino que se establecen como consecuencia de decisiones que también pueden ser analizadas en términos de una elección,¹⁵ lo que presupone la existencia de una multiplicidad de reglas que son igualmente aplicables, así como una necesaria decisión para elegir entre ellas.¹⁶ La definición de la elección como un juicio emitido entre soluciones alternativas, y que se realiza conforme a reglas, permite además puntualizar los términos en los cuales debe plantearse el problema de la racionalidad de la elección, que es particularmente relevante tanto por lo que tiene que ver con el razonamiento decisorio, como por lo que se refiere a la motivación.

Dejando entre paréntesis todas las posibles definiciones que se refieren al “contenido” del concepto de racionalidad,¹⁷ la única definición

operativa válida dentro del esquema estructural de la elección es la siguiente: la elección es racional cuando, habiendo sido identificadas correctamente las alternativas sobre las que vierte la misma, es el resultado de una aplicación correcta de una cierta regla de decisión. La noción de un uso correcto de una regla de juicio está evidentemente “vacía”, y asume significados diversos, como veremos más adelante, dependiendo de los tipos de elección de que se trata y de las peculiaridades propias de las reglas-guía que operan en ellos. Aquella evoca, en todo caso, la necesidad de que la aplicación de dichas reglas sea lógicamente válida de acuerdo con los cánones que son propios de las mismas reglas y del contexto en el cual son usadas.

Un último conjunto de precisiones tiene que ver, finalmente, con la incidencia que evidencian las distinciones que hemos delineado antes en el apartado *b)* sobre la configuración del razonamiento del juez como un contexto orgánicamente estructurado de elecciones racionales a partir de ciertas reglas. La separación entre el *context of discovery*, constituido por el razonamiento decisorio, y el *context of justification*, constituido por la motivación, implica ante todo la distinción de la fase en la cual las elecciones son formuladas de cara a la decisión y la fase en el cual, una vez planteada la decisión, se trata de reformular las elecciones que la fundan en un discurso que haga emerger la racionalidad y el vínculo “justificativo” con la misma decisión.

Ello implica dos importantes corolarios: el primero es que el modelo lógico con el cual se realiza la elección no coincide con aquél a partir del que se justifica la elección, de modo que la “lógica de la elección” es irreductiblemente diferente en los dos contextos. El segundo es que, dada la asimetría varias veces recordada entre el procedimiento decisorio y la motivación, no subsiste una coincidencia necesaria entre las elecciones que se realizan en el primero y las elecciones que se expresan en el segundo, ni siquiera desde el punto de vista de su “contenido”. De lo anterior también se desprende, necesariamente, una escisión del concepto de racionalidad de la elección en los dos conceptos respectivamente adecuados a los dos contextos diversos. Dentro del *context of discovery*, la elección es racional en la medida en la que fue formulada racionalmente: se trata, por lo tanto, de una racionalidad intrínseca del procedimiento de decisión, la cual coincide con el que las operaciones que lo constituyen sean correctas. Dentro del *context of justification* la elección es racional en la medida en la que es racio-

nalizada *ex post*, es decir, en tanto que el juez, independientemente de que aquella sea intrínsecamente correcta, está en capacidad de presentarla como la “mejor” consecuencia de premisas y reglas de juicio establecidas *ad hoc*: desde este punto de vista, la elección es racional en la medida en que sean racionales los procedimientos argumentativos expresados en el discurso que constituye la motivación. En estricto rigor ya no se trata, por lo tanto, de racionalidad de la elección en sí misma, sino de racionalidad de la justificación que le es atribuida con criterios y finalidades diversos.¹⁸ Por lo que tiene que ver específicamente con la motivación, debe recordarse además la distinción, también delineada en el inciso *b*), entre la actividad de justificación y el discurso que constituye su resultado, para precisar que lo que resulta interesante son las elecciones que se explicitan en dicho discurso, y no la manera en la que aquellas son formuladas durante la actividad que lo produce. En consecuencia, no se trata de racionalidad del “procedimiento” justificativo, sino de racionalidad del “discurso” justificativo. Bajo esta perspectiva, la racionalidad de la justificación es una función de la estructura del discurso mediante el cual aquella se expresa, en el cual las elecciones y las respectivas concatenaciones juegan el papel de “argumentos” y de “razones” de la validez de la decisión.

2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL RAZONAMIENTO DECISORIO

La distinción delineada en los apartados previos entre razonamiento decisorio y justificación de la decisión, excluye que el análisis de la motivación deba pasar necesariamente a través del estudio del *iter* decisorio. Sin embargo, aunque no haya una identidad o alguna correspondencia entre los dos tipos de razonamiento, el modo en el cual la decisión es alcanzada influye en la estructura de la motivación, si bien no por otra cosa, al menos porque representa, en todo caso, el término de referencia con base en el cual la motivación es calificada desde la perspectiva de la “idoneidad”; además, la repetida afirmación de la diversidad entre la “lógica” de la decisión y la “lógica” de la motivación requiere al menos de un principio de demostración, que aclare cuáles relaciones median entre los dos procedimientos, precisando también los elementos principales de heterogeneidad de ambos.

Por estas razones, resultan indispensables dos observaciones en relación con la estructura del razonamiento decisorio. No se trata, ciertamente, de presentar un nuevo modelo que sea omnicomprendivo del juicio, sino únicamente de poner en evidencia los elementos de ese razonamiento que los caracterizan principalmente y que, en consecuencia, constituyen el fundamento del problema inherente a la relación entre decisión y motivación.

Ante todo, debe precisarse que la distinción entre decisión y justificación no implica que la decisión deba ser considerada sólo bajo el perfil psicológico,¹⁹ ni mucho menos, que deba ser vista como una actividad irracional en sí y que está destinada a ser racionalizada solamente *a posteriori*.²⁰

Al contrario, la identificación del procedimiento decisorio como *context of discovery* de la decisión (en relación con lo cual, véase el § anterior, en el inciso *b*) postula que el mismo se desarrolla de acuerdo con cánones racionales. La distinción entre lógica de la *discovery* y lógica de la *justification* implica también que el razonamiento decisorio sea analizado de conformidad con la primera de esas “lógicas”, y que en ese ámbito sea definida la racionalidad. De ello se desprenden dos corolarios de una relevancia no menor: el primero es que el razonamiento decisorio puede (y por lo tanto debe) ser racional; el segundo es que el concepto de elección debe ser entendido como un modelo sintético de naturaleza esencialmente lógica, al cual pueden ser reconducidas las operaciones que forman el procedimiento de la *discovery* de la decisión (no es casual que, además, no se haga uso de una noción genérica de elección, sino de la noción “calificada” de elección racional de acuerdo con reglas de juicio, en relación con lo cual, véase el § anterior, inciso *c*). Esas operaciones no pueden ser descritas exhaustivamente en este espacio; sin embargo, para identificar en línea de máxima la estructura esencial del procedimiento decisorio, entendido como actividad heurística (de donde se desprenden las posibles conexiones con los conceptos metodológicos de *discovery* y de *Forschung*), es suficiente hacer referencia a algunos momentos esenciales de dicho procedimiento, relativos a la determinación de la norma aplicable a los hechos concretos, a la verificación de los hechos y a la instauración de la relación hecho-norma de la que se desprende la decisión final. Al respecto, vale la pena tener presente la distinción entre el juicio como procedimiento mediante el cual el juez llega a la decisión, y el juicio como resultado

final de dicha actividad, es decir, como el contexto de las elecciones formuladas de manera definitiva y que constituyen la determinación de la decisión de sus presupuestos objetivos (véase en este sentido, de manera más amplia, *infra*, el inciso e).

a. La individuación de la *ratio decidendi*

“Individuación de la norma aplicable al hecho concreto” es una expresión sintética que designa a un conjunto de actividades diversas, aunque se encuentren vinculadas entre sí, que puede llegar a tener un nivel de complejidad extremo. De cualquier manera, no se trata de una simple “determinación” o de un “reconocimiento” de la norma idónea para resolver la controversia, sino más bien de la elección entre varios criterios de juicio relevantes: ello implica que sean formuladas “hipótesis” diversas o “modelos de decisión” alternativos, es decir, una serie de posibilidades dentro de las cuales el juez escoge la solución (y, por lo tanto, a la “norma” que considera idónea para la decisión) de la controversia.²¹ En un primer sentido, particularmente amplio, individuación de la norma significa en consecuencia la elección entre diferentes hipótesis posibles de la *ratio decidendi* que será utilizada para la solución global de la litis. Tal elección presenta características peculiares que deben aclararse sintéticamente.

Ante todo, hablar de globalidad significa referirse no sólo a normas en particular, sino también a contextos orgánicos de normas, individuados de manera que sean idóneos para resolver los diversos aspectos que implica la litis: los “modelos de decisión” que constituyen las diferentes hipótesis posibles de *rationes decidendi* deben ser contruidos, por lo tanto, tomando en cuenta, además de las normas, a las características peculiares del hecho sobre el que debe recaer la decisión en concreto. Ello implica, por lo menos, una primera individuación, provisoria y sintética, de los términos de la litis, en relación con la cual el juez pueda formular los diversos modelos hipotéticos inherentes a posibles soluciones normativas: la “individuación de la norma” no ocurre, por eso, *a priori*, sino en una relación dialéctica respecto a la individuación en específico del *thema decidendum* del caso de que se trate.²² La actividad de *konstruction* importa en la medida en que se trate de individuar situaciones legales complejas que corresponden a los términos de la litis y que sean idóneas para pro-

ducir soluciones hipotéticamente posibles, y en tanto que esas situaciones estén constituidas por la combinación orgánica y articulada de varias normas (cuyas relaciones recíprocas dentro de la hipótesis de decisión sean establecidas esencialmente a través del método de la construcción jurídica).²³ Por otra parte, en la medida en la que no se asuma una concepción rigurosamente sistemática del razonamiento jurídico, es necesario reconocerle un papel relevante a la tópica, ya sea como técnica de identificar “puntos de vista” potencialmente relevantes para la configuración jurídica de los hechos, o como “depósito” sintético y aproximativo de dichos puntos de vista. La actividad de construcción conceptual y el razonamiento tópico se entrecruzan, por lo tanto, en la fase de formulación de las hipótesis relativas a las posibles soluciones de la litis.²⁴

En abstracto, el conjunto de las *rationes decidendi* jurídicamente posibles en relación con la controversia específica, representa el ámbito dentro del cual el juez elige el criterio de decisión. En concreto no se puede decir que el juez parta de la formulación de todas las hipótesis posibles para después elegir la que le parece preferible. En realidad, el procedimiento de formulación de las hipótesis de decisión se entrelaza con el procedimiento de verificación y elección sobre la base del *thema decidendum*, en una situación de interrelación dialéctica que no puede reconducirse a formas estáticas. Habiendo sido formuladas una o más hipótesis con base en una primera individuación de los términos de la controversia, es necesario verificar su idoneidad conforme esos términos se van precisando (con base en la actividad de las partes, a los conocimientos que el juez adquiere en el curso del juicio y a la constatación de los hechos). De esta comparación puede surgir la mejor de la hipótesis de decisión, pero también la constatación de su falta de idoneidad; por otra parte, la progresiva individuación de los términos en los cuales se articula el *thema decidendum* hace necesaria la formulación de nuevas “hipótesis de decisión” cada vez más adecuadas a las necesidades finales del juicio.²⁵ Por lo tanto, es a lo largo del curso de la *discovery* que el juez procede a rectificar las hipótesis iniciales y a formular hipótesis nuevas, y sólo al final de ese procedimiento (que coincide en el tiempo con los acontecimientos procesales) se puede tener la determinación final de los modelos de decisión que efectivamente son utilizables en el juicio. Puede ser que, a este punto, sólo un modelo de decisión parezca adecuado en la medida en la que comprobaciones anteriores hayan excluido progresivamente la validez de alternativas diferen-

tes, pero la hipótesis más realista (en el caso de que el juez no haya querido llegar *a priori* a una determinada conclusión) es que haya varias hipótesis finales de posibles decisiones sobre la litis; entre éstas, el juez realiza la elección conclusiva que da lugar a la decisión propiamente hablando (al respecto véase, *infra*, inciso *d*).

Se trata, por lo tanto, de un procedimiento heurístico-hipotético y dialéctico, que tiene el objeto de formular y controlar los posibles modelos de decisión que el ordenamiento permite elaborar en relación con los hechos concretos sobre los que debe decidirse. El carácter heurístico de dicho procedimiento está dado por el hecho de que el mismo comprende una fase de investigación necesaria,²⁶ en la cual el juez individúa y elabora los materiales normativos útiles para la construcción de un modelo de decisión. Se trata de una fase en la que tiene una relevancia particular lo que antiguamente era denominado *ars inveniendi*, aunque sea indudable que, una vez individuados los datos normativos relevantes, la elaboración del modelo de decisión implique también una fase de construcción conceptual y sistemática. El carácter hipotético del procedimiento bajo examen deriva del hecho de que los proyectos o modelos de juicio a los que se refiere, en sustancia, representan hipótesis bajo un doble aspecto. Ante todo, se trata de hipótesis de trabajo²⁷ para el juez, mismas que se plantean en el curso del proceso para guiar su propio comportamiento de manera coherente con el marco más atendible —y que está a su disposición en un momento determinado— de los términos de la controversia.²⁸ En segundo lugar, como ya se ha señalado, se trata de modelos de decisión que mutan o se rectifican dependiendo de que lo demanden las vicisitudes del proceso o la progresiva definición del *thema decidendum*: dichos modelos postulan, por lo tanto, un control de validez e idoneidad respecto de los hechos concretos.²⁹ Vale la pena señalar que esto no consiste tanto en la validación de las hipótesis que el juez considera más adecuadas, sino más bien en la progresiva eliminación de las hipótesis que en cada caso se demuestran equivocadas o inadecuadas. No es casual que se haya hablado, al respecto, de *trial and error*,³⁰ para indicar un procedimiento de control y eliminación de las hipótesis ineficaces. Bajo un perfil diverso, se puede reconducir un procedimiento de este tipo dentro de la metodología de la falsificación, de acuerdo con la cual una hipótesis puede considerarse como válida hasta que no se determine como inválida con base en un adecuado procedimiento de control.³¹ En esencia, los

modelos de decisión que el juez elabora son hipótesis que deben ser sometidas a *tests* de idoneidad que operan esencialmente en el sentido de provocar, en los diversos momentos del control, la eliminación de las hipótesis que no resultan idóneas para configurar una posible solución global de la controversia. Las hipótesis de decisión que, para decirlo de alguna manera, sobreviven a los controles de idoneidad realizados a lo largo del *iter* decisorio, representan el ámbito de las alternativas dentro de las cuales el juez elige la decisión final. Con ello no se puede decir que dicha hipótesis sea comprobada, ni que la misma sea la más válida o la única válida entre las diversas alternativas que eventualmente estén presentes en el momento de la decisión. En realidad, la elección final del juez no deriva sólo de una valoración inherente a la validez de un cierto modelo de decisión considerado en sí mismo, sino también de otros factores de diverso tipo (juicios de valor, previsión de las posibles consecuencias de una determinada decisión, etcétera), que influyen sobre la determinación concreta de la *ratio decidendi* en el caso concreto.³²

La dialéctica del procedimiento, finalmente, no tiene que ver sólo con el momento final antes descrito, sino más bien con la estructura del procedimiento de *discovery* y *trial* que hace referencia a los modelos alternativos entre los cuales el juez elige la decisión. Esa dialéctica subsiste en la medida en la que el control de las hipótesis de decisión no se presenta nunca de manera definitiva, y no es un control de validez y coherencia interna de la hipótesis. Este hecho deriva, en efecto, de la confrontación de las hipótesis con elementos externos a ella, como por ejemplo, la modificación de las demandas y de las excepciones, los resultados de las probanzas, y así sucesivamente. En el límite, toda modificación o mejor determinación de los términos de hecho y de derecho de la controversia, en toda fase del proceso, opera en el sentido de provocar mutaciones en las hipótesis antes formuladas, en el sentido de volverlas inadecuadas y postular la formulación de nuevas hipótesis de decisión que tomen en cuenta los nuevos elementos. Además el procedimiento mismo implica una evolución de las hipótesis de decisión del ámbito de lo indeterminado al de lo determinado: en función de la determinación de los términos de la controversia, en efecto, las hipótesis iniciales son reformuladas paulatinamente con una precisión cada vez mayor, hasta que sean capaces de reflejar, comprender y explicar el *thema probandum* en un modelo de decisión completo y orgánico.

b. La individuación de la norma

En un segundo significado, más apropiada, la expresión “individuación de la norma” indica el procedimiento a través del cual es determinado el criterio jurídico sobre el cual se funda una determinada hipótesis de solución de la litis. Se trata, por lo tanto, de una actividad que el juez realiza en el ámbito de la formulación de cada uno de los modelos de decisión que entran en el proceso de elección de la *ratio decidendi* final, descrita en el inciso a). Se trata pues de aquello a lo que comúnmente se llama “interpretación de la norma” (en el sentido específico de interpretación-actividad),³³ realizada en función de la búsqueda de un criterio adecuado para resolver la controversia. La crisis de la concepción científico-cognoscitiva de la interpretación jurídica, y la cada vez más evidente centralidad del concepto de norma como enunciado con una estructura semántica abierta,³⁴ convergen en el sentido de excluir que la interpretación pueda concebirse como la identificación del “único” significado “verdadero” o “real” de la norma;³⁵ ello es todavía más válido cuando la interpretación no se realiza con fines teoréticos, sino que está dirigida a finalidades concretamente aplicativas, es decir, a la calificación jurídica de un hecho concreto en particular. Entonces, el problema de la interpretación, en lo que a nosotros interesa, no es el del conocimiento de la norma por parte del juez, sino más bien el de las elecciones interpretativas que el juez realiza para deducir de un enunciado normativo el criterio para una posible decisión de la litis.³⁶ Al respecto, vale la pena precisar que no tiene sentido hablar de “elección de la norma aplicable al caso concreto” como un momento autónomo y que antecede a la interpretación propiamente dicha; en la medida en que la norma (como el significado de un enunciado prescriptivo) es el producto del proceso interpretativo,³⁷ es evidente que la elección de la norma aplicable al caso concreto es un *posterius* respecto de la interpretación, y por lo tanto, está condicionada directamente por ésta. Se podrá objetar que, de cualquier manera, hay un primer momento en el cual el juez fija, dentro del ordenamiento, los enunciados normativos a partir de los cuales se propone deducir, a través de una interpretación posterior, el criterio de decisión; sin embargo, ni siquiera esta elección preliminar es independiente de la interpretación, si bien no por otra cosa sino porque se funda esencialmente sobre interpretaciones ya existentes,³⁸ que constituyen el repertorio tópi-

co que es utilizado por el juez para determinar cuáles normas podrían ser relevantes para el caso específico que conoce.

La identificación del problema de la interpretación con el de las elecciones interpretativas realizadas por el juez, pone en evidencia un aspecto que es, sin duda, más relevante que el problema mismo, y que tiene que ver con los criterios o, si se quiere, con las directrices a las cuales el juez hace referencia para formular sus elecciones interpretativas. Sobre el tema, estudios recientes han aportado aclaraciones muy relevantes, proporcionando incluso tipologías bastante exhaustivas de los criterios que determinan las elecciones del juez en el ámbito del procedimiento de individuación de la norma,³⁹ y resulta superfluo, por lo tanto, detenerse en este espacio en intentos clasificatorios ulteriores. Debe subrayarse, sin embargo, la complejidad estructural que las elecciones interpretativas ponen de manifiesto, la heterogeneidad de las directrices que operan en ellas, así como discontinuidad dialéctica del procedimiento que las mismas provocan, en particular cuando se trata, como en el caso del juez, de interpretaciones finalizadas a la aplicación de la norma a un caso concreto específico.

La elección interpretativa es compleja estructuralmente, en la medida en la que no se agota en un único acto inmediato de determinación del significado “verdadero” de la norma, sino que consta de un procedimiento en el cual se distinguen diversos momentos, entre los cuales principalmente la determinación del problema interpretativo;⁴⁰ la determinación de los diversos significados que pueden atribuirse a la norma dependiendo de las diversas perspectivas exegéticas posibles;⁴¹ la elección de uno entre estos significados, que es en lo que consiste en sentido estricto la interpretación de la norma como atribución del enunciado normativo de un significado determinado, destinado a servir como criterio de decisión de la controversia.⁴² Se trata, como puede observarse, de un procedimiento esencialmente heurístico-hipotético: por un lado, en efecto, deben identificarse las posibles interpretaciones de la norma mediante una actividad cuyo resultado es la formulación de alternativas, es decir, de una pluralidad de significados que pueden referirse al enunciado prescriptivo. Por otra parte, tales alternativas representan las hipótesis de posibles interpretaciones de la norma; la elección sucesiva implica un control de idoneidad de dichas hipótesis respecto al *thema decidendum*, a través del cual son eliminadas las alternativas que no parecen válidas como posibles criterios de solución de la litis. También en esta fase, por lo tanto,

pueden identificarse un momento de *discovery* de las hipótesis alternativas de respuesta a la duda interpretativa, y un proceso de *trial and error* mediante el cual se realiza el control selectivo de dichas hipótesis.

Las varias fases en las cuales se articula el procedimiento de elección interpretativa implican, por lo tanto, una serie de subelecciones instrumentales que se combinan de modo diverso. No importa, por otra parte, examinar analíticamente todas esas elecciones, sino más bien poner en evidencia que éstas dependen de criterios y siguen directrices que las determinan. Hemos hablado antes de heterogeneidad de los criterios y de las directrices que guían el procedimiento interpretativo; debe precisarse ahora que esa heterogeneidad se presenta bajo un doble aspecto. Se puede trazar, ante todo, una distinción entre las directrices que guían la elección de los diversos significados que se refieren al enunciado prescriptivo, y de las directrices que guían la elección *entre* estos significados y, por lo tanto, influyen directamente sobre la decisión interpretativa en sentido estricto.⁴³ Subsiste además la heterogeneidad en las directrices con base en las cuales se realiza la interpretación, en la medida en la que las elecciones que realiza el juez están condicionadas por factores que no pueden reducirse a una categoría unitaria.

En la fase de determinación de los significados de un enunciado normativo influyen, en efecto, criterios-guía de al menos tres tipos:

1. Criterios que tienen que ver con el análisis lógico-semántico del enunciado, que derivan del uso de las reglas operativas de la lógica general y deontica, así como de la semántica del lenguaje común y del jurídico;⁴⁴
2. Criterios que tienen que ver con la colocación de la norma individualmente considerada dentro del ordenamiento, y que están constituidos por los métodos de la “lógica jurídica” y de la lógica general aplicada a las relaciones entre normas,⁴⁵ por el razonamiento tópicco aplicado al derecho,⁴⁶ y por las técnicas de construcción sistemática inherentes al vínculo entre la norma en lo individual y el contexto orgánico de normas en el cual aquella se coloca;⁴⁷
3. Criterios valorativos, que tienen que ver con la formulación de los juicios de valor que son necesarios para integrar los “espacios abiertos” del enunciado normativo, con la determinación de los valores que constituyen la *ratio legis*, con los juicios de valor con los que se determinan las directrices de *policy* interpretativa que el juez pretende seguir, así como con la determinación de los “principios

▪ La estructura racional del juicio y de la motivación ▪

generales del derecho” según los cuales el juez orienta la interpretación de la norma en lo individual.⁴⁸

A su vez, adicionalmente, también la sucesiva elección entre los diversos significados que se establecen mediante los criterios que se han indicado anteriormente, puede realizarse a partir de criterios heterogéneos que funcionan como directrices “de preferencia”:⁴⁹

1. Directrices de carácter lógico-jurídico, tendientes a encaminar la elección hacia la hipótesis que presenta el mayor grado de coherencia lógica de la relación norma-hecho;⁵⁰
2. Directrices de carácter jurídico-sistemático, tendientes a privilegiar la hipótesis en la cual la interpretación aparece como más coherente con el sistema normativo o, en todo caso, más idónea para producir una decisión del caso concreto que sea coherente con ese sistema;⁵¹
3. Directrices de carácter valorativo, tendientes a privilegiar la hipótesis más coherente, dependiendo de los casos, con elecciones generales de “política del derecho” o, en todo caso, con valores generales que el juez pretende adecuar a la decisión, o bien con la consecución de finalidades y efectos específicos en relación con la situación concreta específica sobre la que se versa la decisión.⁵²

La simple enumeración de los diversos elementos que pueden condicionar las actitudes del juez en la actividad interpretativa, basta para evidenciar sus características esenciales. Esa actividad se articula en un procedimiento discontinuo, en el cual coexisten momentos de razonamiento lógico, que está regulado por las formas de la lógica general en la medida en la que éstas resultan aplicables al análisis de los enunciados normativos, y momentos de valoración. El elemento jurídico que caracteriza también a muchos de los criterios indicados previamente, no representa un carácter estructural autónomo respecto a los elementos lógico y axiológico: aquél tiene relevancia en la medida en la que el enunciado prescriptivo sometido al análisis lógico-semántico y a la integración valorativa está constituido por una norma establecida como válida. En todo caso, el dato más importante que resulta de las reflexiones anteriores consiste en el hecho de que los criterios lógicos y valorativos no producen modelos exclusivos de razonamiento interpretativo, sino que coexisten y se entrecruzan al interior de dicho razonamiento. Ello significa, por un lado, que éste no se agota en una esquematización puramente lógica y,

por el otro, que no puede tampoco describirse exhaustivamente como una serie de meros juicios de valor.⁵³

Una ulterior precisión tiene que ver con el hecho de que las directrices de análisis semántico y de elección que hemos indicado sintéticamente, constituyen las líneas de un modelo teórico de la interpretación dentro del cual se circunscriben legítimamente, aunque no agotan los factores que influyen concretamente en el razonamiento interpretativo. Al respecto resulta necesario tomar en cuenta la ideología de la interpretación que rige la actitud del juez y guía su actividad hermenéutica. Esa ideología puede consistir tanto en la predeterminación de valores que el juez busca materializar a través de la decisión, como en una auténtica ideología del método interpretativo con base en la cual algunas directrices son privilegiadas respecto a otras (por ejemplo, los criterios sistemáticos respecto a los criterios valorativos, o viceversa) y, por lo tanto, resultan determinantes o prevalecientes en el ámbito del razonamiento interpretativo en específico.⁵⁴ Se identifica, por lo tanto, un momento de elección ulterior (que es preliminar frente a cualquier otro), que es capaz de determinar las características fundamentales de la interpretación, en el que le corresponde al juez establecer, esencialmente en el plano ideológico, qué “tipo” de metodología hermenéutica utilizará, y en nombre de cuáles principios o finalidades de política del derecho.

Los diversos elementos de discontinuidad y de heterogeneidad que se han identificado gradualmente en el ámbito del procedimiento interpretativo representan las razones de la falta de idoneidad de cada modelo estático de ese procedimiento, pero no se presentan como intrínsecamente contradictorias si se toma en cuenta la estructura dialéctica del mismo procedimiento. En efecto, es necesario hablar de su carácter dialéctico en un doble sentido. Como ya se ha anticipado en el inciso *a)*, la misma interpretación de los resultados normativos se plantea en una relación dialéctica con los términos de la controversia que debe ser decidida; mientras la interpretación de las normas relevantes para la calificación de los hechos concretos influye en la determinación del *thema decidendum*, la individuación de este último determina a su vez la interpretación, en la medida en que redefine las cuestiones que la norma debe resolver, y pone en evidencia los elementos valorativos en el caso concreto. Además, también el proceso de instauración de la relación norma-hecho que está a la base de la decisión, en particular, tiene una estructura dialéctica (tema sobre el cual

véase de manera más amplia *infra* en el inciso d). Desde otra perspectiva, debe ponerse en evidencia la dialéctica interna en el procedimiento interpretativo: las directrices heterogéneas que lo guían no se excluyen, en efecto, pero se implican recíprocamente. Así, por ejemplo, el análisis lógico-semántico del enunciado prescriptivo postula la integración valorativa del significado que al mismo le es atribuido, y ésta, a su vez, está condicionada por factores de relevancia jurídico-sistemática.

Las consideraciones hechas hasta ahora permiten, finalmente, precisar el carácter esencial de la elección interpretativa que determina la norma, es decir, la *relatividad*. Ello implica que ninguna interpretación (en el sentido de significado de un enunciado normativo) es “verdadera” o “válida” en sí misma, sino sólo en la medida en la que son válidas las directrices que han guiado el procedimiento interpretativo, y en la medida en la que sean racionalmente correctas las operaciones hermenéuticas y las elecciones que el juez ha efectuado en el ámbito de dicho procedimiento.⁵⁵ Relatividad de la interpretación significa también una pluralidad de interpretaciones posibles, y la legitimidad del juicio crítico sobre las hipótesis interpretativas, así como de su rectificación y de su mutación: se trata, en sustancia, de la condición que vuelve posible la pluralidad de modelos hipotéticos de decisión en los cuales se articula el procedimiento descrito en el inciso a), y permite configurar la decisión como elección de la hipótesis más adecuada a los hechos concretos.

c. La constatación de los hechos

Las referencias al procedimiento que conduce a la decisión y al procedimiento que ordena las elecciones interpretativas han vuelto evidente que una variable esencial en la estructura de ambos procedimientos está constituida por la manera en la que se configura la constatación de los hechos y su calificación jurídica. Evidentemente, tampoco sobre este tema es posible hacer en estas páginas una exposición exhaustiva. Sin embargo, vale la pena poner en evidencia las peculiaridades esenciales, bajo el perfil estructural, del juicio de hecho en la medida en la que ello permite definir algunos aspectos del razonamiento decisorio que escapan a una perspectiva que se ocupe exclusivamente de la *quaestio iuris*.

La individuación del *tema probandum*, que en un modelo de proceso civil regido por el principio dispositivo se da esencialmente con base en

los alegatos de las partes,⁵⁶ consiste en la formulación de hipótesis relativas a la veracidad o falsedad de los hechos jurídicamente relevantes y que son impugnados.⁵⁷ Al respecto se puede hablar de una pluralidad de posibles modelos hipotéticos respecto a los hechos que son objeto del juicio, no solamente porque a cada una de las hipótesis sobre la veracidad de un hecho le es necesariamente complementaria la hipótesis de su falsedad, sino también porque de las demandas de cada una de las partes, así como de la individuación del *thema decidendum* realizada por el juez, puede resultar varios modelos de *thema probandum* que son diferentes entre sí en cuanto a la determinación de las circunstancias de hecho que deben ser probadas en el juicio.⁵⁸ No deben tampoco descuidarse las variaciones que intervienen al respecto como consecuencia de algunas situaciones procesales como, por ejemplo, la modificación de las demandas y de las excepciones o del surgimiento de “hechos nuevos” en el curso de la instrucción probatoria, que impactan y modifican *thema probandum*.

Cada modelo de *thema probandum* implica evidentemente una hipótesis de solución de la *quaestio iuris* a la que se refiere la litis: por un lado, los hechos alegados por las partes se califican jurídicamente, dentro de los respectivos esquemas de decisión constituidos por las demandas, en relación con las normas sobre las que se funda el derecho base de la acción, en la medida en la que se trata de actos constitutivos, extintivos, etcétera, del derecho mismo. Por otro lado, en todo caso, pero especialmente cuando la referida calificación no es exhaustivamente propuesta por las partes, le corresponde al juez establecer cuáles son los hechos jurídicos que deben ser probados con base en una hipótesis o propuesta de subsunción de los hechos en las normas que parecen ser aplicables al caso concreto. En esencia, cuando el *thema probandum* está constituido por hipótesis sobre hechos jurídicos, su determinación presupone una hipótesis de calificación jurídica de los hechos referidos, lo que implica que la individuación de la *quaestio facti* esté vinculada dialécticamente con la de la *quaestio juris*⁵⁹ y sufra los efectos de las eventuales variaciones de esta última. Todo ello no implica, sin embargo, que los dos aspectos del problema no puedan (y por ello deban) ser diferenciados; el *thema probandum* puede, por lo tanto, ser definido correctamente, como el contexto de hipótesis en torno a la veracidad o falsedad de determinado hechos, aunque el procedimiento que lleva a su formulación comprende

una serie de elecciones de carácter jurídico y valorativo, que también condicionan la determinación de los hechos que deben ser probados.⁶⁰

Dado que el *thema probandum* consta de hipótesis sobre los hechos materia de la causa, el problema del “conocimiento” o de la verificación de esos hechos se plantea como el problema de la elección inherente a la hipótesis que parece más atendible, con base en los resultados de las probanzas, y que como tal está destinada a constituir la “verdad judicial” de los hechos.⁶¹ En este espacio no resulta interesante analizar el procedimiento lógico mediante el cual se realiza la verificación de los hechos como individuación de los grados de credibilidad que son inherentes a cada una de las hipótesis comprendidas en el *thema probandum*,⁶² por el contrario, vale la pena poner en evidencia algunos aspectos peculiares de las elecciones que el juez realiza en el ámbito de dicho procedimiento, y que condicionan la decisión final respecto de la “verdadera” hipótesis. Ante todo, se trata de un procedimiento cognoscitivo, dirigido a establecer aserciones fundadas en torno a la existencia o inexistencia de hechos determinados: ello implica que el mismo se articula en fases compuestas por secuencias concatenadas de inferencias fácticas, dirigidas a determinar el grado de veracidad (de probabilidad) inherente al *factum probandum*, con base en los elementos de conocimiento (indicios, pruebas) de que dispone el juez. La validez del procedimiento depende entonces de la medida en la que en éste se modela de conformidad con la lógica de las inferencias que formula el juez. En es sentido, se presenta un amplio campo de operatividad de la lógica de las proposiciones descriptivas, tanto en el sentido de que ésta proporciona el repertorio de las formas lógicas de las cuales el juez puede en cada caso echar mano, como en el sentido de que dicha lógica representa, en todo caso, el *test* fundamental para el control de las operaciones cognoscitivas que el juez realiza.

Al respecto, en efecto, es frecuente escuchar que la verificación de los hechos es el resultado no tanto de un procedimiento lógico-cognoscitivo sino más bien (de manera prevaleciente o exclusiva) de juicios de valor;⁶³ el alcance de esta afirmación debe ser fuertemente redimensionado y, sobre todo, debe subrayarse que la misma no afecta la relevancia lógica y gnoseológica del juicio de hecho. Que en concreto el juicio de hecho dependa también de juicios de valor es algo indubitable, pero ello, en tanto que no es algo que implique la total reducción del conocimiento de los hechos a valoraciones, requiere de algunas precisiones. Ante todo cabe

señalar que muchos de los juicios de valor que se quieren aplicar en la verificación del hecho tienen que ver, en realidad, con la calificación jurídica del hecho mismo, es decir, con la fase en la cual el juez extrapola el hecho a la previsión de las normas que pretende aplicar.⁶⁴ Así, por ejemplo, la verificación de un determinado comportamiento antisindical implica indudablemente un juicio de valor, pero éste no tiene que ver con el momento en el cual alguna de las circunstancias de hecho son establecidas como “verdaderas”, sino más bien con el momento posterior en el cual el comportamiento es calificado (jurídicamente) como “antisindical” en los términos, y en vista de la aplicación, del artículo 28 del *Estatuto de los trabajadores*. Lo que es valorativo es, pues, la subsunción del hecho en la norma (así como la valoración de ésta), no la verificación de la veracidad o la falsedad del hecho.

En segundo lugar, un juicio de valor puede estar implícito en la máxima de la experiencia que el juez usa como puente entre el *factum probans* y el *factum probandum*, pero también en este caso es necesario hacer una distinción. Puede ser que la máxima sirva precisamente para valorar el hecho (como por ejemplo, cuando un comportamiento es considerado inmoral o contrario al orden público de acuerdo con los estándares valorativos de la opinión común), pero en tal caso la máxima no sirve para “conocer”, sino más bien para calificar el hecho en vista de su subsunción dentro de una norma “abierta”.⁶⁵ Puede ocurrir, además, que una máxima usada en una función cognoscitiva tenga connotaciones valorativas (como por ejemplo: todos los buenos padres aman a sus hijos) y que éstas repercutan en el “conocimiento” de los hechos, pero en estos casos es fácil comprender que la posibilidad de valorar a la máxima es una función y consecuencia de su falta de objetividad y de carácter científico.⁶⁶ En efecto, los criterios de inferencia que el juez retoma del sentido común tienen un componente valorativo cuya intensidad es inversamente proporcional a su “verdad” intrínseca, y directamente proporcional, por el contrario, a su generalidad. Cuando ciertos hechos no son notorios, el sentido común tiende a construir máximas de acuerdo con lo que considera “justo” o “preferible” a partir de la así llamada experiencia común, cuyo carácter valorativo (en el sentido de que tiende a definir aquello que debe considerarse como “normal”) aumenta en la medida en la que se aleja de la existencia empírica de dichos hechos; viceversa, el carácter valorativo de las máximas se atenúa, hasta desaparecer del todo, en la

medida en la que las así llamadas experiencias comunes son verificadas y controladas en su totalidad a partir de criterios empíricos y científicos. Desde este punto de vista, el carácter valorativo del juicio de hecho, en cuanto campo de aplicación de las máximas de la experiencia, no es una característica necesaria del juicio en sí, de la misma manera en la que las máximas no son inevitablemente valorativas. Se trata, por el contrario, de eventualidades que están determinadas histórica y culturalmente, las cuales no demuestran, por otra parte, la invalidez del modelo lógico-cognoscitivo del juicio de hecho, ni su falta de idoneidad prescriptiva (bajo el perfil de lo que debería ser el modelo racional de verificación de los hechos).⁶⁷

En relación con los criterios y a las directrices que guían concretamente las elecciones del juez en relación con los hechos, debe señalarse en línea general que éstas están condicionadas fuertemente por factores de naturaleza ideológica; no sólo son precisamente estos factores los que constituyen al mismo tiempo la causa y la explicación del diverso modo con el que se presenta el juicio de hecho en épocas y ambientes culturales diversos. Sin abordar el tema de manera extensa, será suficiente con aclarar la naturaleza y el alcance de algunos de aquellos factores, para mostrar cómo puede hablarse de una ideología del juicio de hecho, debiendo observarse, por otra parte, que influye ante todo a la elección del método con el cual dicho juicio es realizado, y sólo de manera indirecta a las verificaciones de los hechos en concreto.⁶⁸

En primer lugar, es necesario tener en cuenta la ideología del legislador, que se traduce esencialmente en el modo en el cual son individualizados y delimitados los espacios de elección discrecional reservados al juez en relación con todo lo que tiene que ver con el juicio de hecho. El sistema de la prueba legal, ya sea que se manifieste en reglas relativas a la inadmisibilidad de los medios de prueba, o bien que se manifieste en la predeterminación normativa de la eficacia probatoria, descende de una ideología del juicio en la cual, junto a la tendencia a “juridificar” de manera más o menos intensa el fenómeno probatorio, emerge esencialmente una actitud de desconfianza en relación con el juez, como lo conforman también recientes tendencias a un parcial regreso a la prueba legal en el proceso penal, precisamente en función de garantía en contra del arbitrio con el cual el juez usa su propia discrecionalidad.⁶⁹ Por el contrario, un principio de la libre convicción

manifiesta la apertura hacia un tipo de juicio que se adhiere más a las peculiaridades del caso concreto, en el cual un juez imaginado como “racional” y libre de prejuicios puede lograr establecer de mejor manera la efectiva verdad de los hechos.⁷⁰ También tienen que ver con la ideología de esa “verdad” las técnicas de reglamentación de los poderes de iniciativa de la instrucción, que se colocan entre dos extremos que están constituidos por el principio del total monopolio de las partes sobre la disponibilidad de las pruebas (según el cual la verdad judicial es la querida por la partes), y el principio inquisitivo (según el cual debe perseguirse la verdad material, y el juez puede, por lo tanto ejercer todos los poderes de instrucción que sean necesarios en cada caso para alcanzar ese fin).⁷¹

Mientras que la ideología del legislador incide necesariamente en la esfera de discrecionalidad dentro de la cual el juez realiza sus propias elecciones, la ideología del juez en relación con el juicio de hecho incide sobre el modo en el cual él usa dicha discrecionalidad. Cuando, por ejemplo, el principio de la libre convicción es invocado en el momento de la valoración discrecional de las pruebas, éste no tiene una particular relevancia en sí, sino sólo en relación con el tipo de operación que autoriza y legitima, de manera que puede suceder que éste sea instrumentalizado para ser útil a los fines de una ideología autoritaria del juicio de hecho, en la cual se nulifiquen las garantías de racionalidad y de control del juicio mismo.⁷² Por ejemplo, la idea de certidumbre moral, particularmente difundida en nuestra doctrina tradicional,⁷³ implica una relevante devaluación de los aspectos típicamente lógicos y gnoseológicos de los hechos y favorece, por el contrario, un enfoque genéricamente subjetivo e intuitivo en el cual el juez termina por quedar desvinculado de cualquier regla racional en la valoración de los resultados probatorios. Por el contrario, la asunción de una idea de verdad factual modelada sobre la de las ciencias empíricas, tiende a reducir los márgenes de subjetividad del juicio, y a poner en evidencia, al contrario, los elementos de control y los límites de la validez en una clara tendencia hacia la “cientificidad” de los instrumentos probatorios y de las técnicas de valoración de la prueba.⁷⁴ Más aun, el concepto de verdad material, que cada día es más difundido en la doctrina de los países socialistas, se traduce en la prescripción de que el juez identifique, además de la verdad objetiva de las particulares circunstancias de hecho, también los factores de incidencia económico-social de dichas circunstancias, a partir de una perspectiva que reconduce al inte-

rior del juicio de hecho la función política general que le es atribuida al juez como intérprete y realizador de los principios socioeconómicos en los cuales se inspira el ordenamiento socialista.⁷⁵

Los factores descritos hasta ahora influyen de manera variada en la actitud del juez en relación con el juicio de hecho, y el modo con el que éste se configura en sus manifestaciones concretas. Sin embargo, su presencia no impide individuar en la función cognoscitiva, en la forma de la inferencia y en el carácter hipotético y relativista, los aspectos estructurales fundamentales de la verificación de los hechos.⁷⁶ Las elecciones que realiza el juez, a pesar de que puedan ser determinadas valorativa e ideológicamente, tienen en realidad, a pesar de todo, una finalidad cognoscitiva, y se realizan mediante la formulación de inferencias entre proposiciones fácticas, que son válidas en la medida en la que son lógicamente correctas. No cabe duda de que la formulación de las hipótesis sobre hechos pueda implicar una fase heurística que puede interpretarse según los modos de la *inventio* tópica, al igual que debe reconocerse que un momento de este tipo existe en la individuación de las máximas de la experiencia como criterios de valoración de los materiales probatorios disponibles.⁷⁷ Sin embargo, el momento de selección y de control de las hipótesis fácticas, en el cual se establece el respectivo grado de confiabilidad, mantiene de igual manera una estructura lógica que se articula según las formas de inferencia elaboradas por la lógica general y que es susceptible de un *test* de validez con base en esas mismas formas; la misma elección de la hipótesis más atendible, que está destinada a ser considerada desde un punto de vista judicial como “verdadera”, está determinada lógicamente, en la medida en la que versa sobre la individuación de la representación de los hechos cuyos resultados probatorios permiten atribuirle el mayor grado de confiabilidad lógica y gnoseológica.⁷⁸

Por otra parte, el carácter hipotético del juicio de hecho se aclara mejor si éste es colocado dentro de la estructura fundamentalmente dialéctica del razonamiento decisorio. Por un lado, el *thema probandum* es un conjunto de hipótesis fácticas que deben ser verificadas con base en los resultados probatorios, y el mismo procedimiento de valoración de tales resultados puede implicar una compleja concatenación de inferencias dirigidas a formular y a verificar hipótesis intermedias.⁷⁹ La formulación inicial del *thema probandum* está destinada, sin embargo, a ser rectificadora y modificada en el curso de la indagatoria sobre los hechos, conforme se

revelan verdaderas o falsas las diversas hipótesis, y emergen circunstancias nuevas que transforman los términos de hecho de la litis.

Por otra parte, si bien es cierto que el proyecto inicial de calificación jurídica de los hechos determina la individuación del *thema probandum*, también lo es que el procedimiento de verificación de las hipótesis iniciales, así como los resultados que el mismo propicia, pueden hacer necesarios cambios en el “modelo de decisión” a partir del cual el juez ha trabajado, y pueden incluso provocar la total modificación del marco normativo de referencia de la situación de hecho concreta. Las hipótesis sobre los hechos, y las elecciones relativas, que son inherentes tanto a su formulación como a su control, se insertan en una doble estructura dialéctica, en la cual la relación hipótesis fáctica/confirmación lógica interactúa con la relación juicio de hecho/juicio de derecho, y en la cual además se verifica la intersección de factores heterogéneos, cognoscitivos, valorativos y jurídicos.

d. La calificación jurídica de los hechos concretos del caso

La síntesis entre las hipótesis de norma aplicable al hecho concreto y las hipótesis inherentes a los hechos de la litis ocurre con la así llamada calificación jurídica de los hechos concretos con miras a la decisión.⁸⁰ Es conocido que justamente sobre esta fase del juicio se han centrado las mayores controversias teóricas e ideológicas surgidas a propósito de la estructura y función de la “aplicación del derecho”. En este trabajo no nos interesa, por otra parte, describir la vastísima problemática inherente a este punto, sino más bien hacer referencia a algunas características estructurales fundamentales del procedimiento que conduce a la calificación jurídica de los hechos concretos deducida en el juicio.

Más allá de las múltiples reconstrucciones de la calificación jurídica, que comprenden, por ejemplo, los modelos de la subsunción, de la *Zuordnung* a un “tipo”, del *reasoning from case to case*, parece que puede indicarse el elemento fundamental en el *Setzungakt* con el cual se resuelve la contraposición entre un criterio general unificador y una situación particular diferenciada.⁸¹

Por un lado, la norma (entendida como el significado atribuido mediante la interpretación a un enunciado prescriptivo, o bien como criterio jurídico de decisión extraído inductivamente de los precedentes) implica, en todo caso, la definición de una clase de situaciones de las que se hacen

derivar determinados efectos jurídicos. Se trata, por lo tanto, de una “definición de género” que delimita el campo de la aplicabilidad de esos efectos mediante la indicación de una situación-tipo (el *abstrakte Tatbestand* de la doctrina alemana) individuada por un conjunto de requisitos que a su vez se refieren a una clase de casos.⁸² Por el contrario, la situación concreta en particular (*konkrete Tatbestand*) se individua por una “definición de especie” que retoma las peculiaridades del caso específico, diferenciándolo de otras situaciones. Decir simplemente que el caso concreto es subsumido en la regla o deducido de ésta, o bien que la regla es “aplicada” al caso concreto, significa anular el problema, dejando en la sombra la estructura de la síntesis entre los dos elementos contrapuestos. Viceversa, la calificación jurídica de la situación concreta deriva de un procedimiento articulado en momentos diversos, y caracterizado por una estructura dialéctica en la cual se insertan las elecciones del juez, que son inherentes tanto a la interpretación de la norma, como a la determinación de los hechos.

Por lo que tiene que ver con la interpretación de la norma, el hecho de que ésta deba servir para la calificación de una determinada situación concreta provoca que las particulares exigencias de tutela que se manifiestan en el caso concreto tengan una relevancia decisiva, de manera paralela a los criterios sistemáticos y valorativos que condicionan en general la elección interpretativa (sobre lo cual véase *supra* los incisos *a*) y *b*). Ello significa que, en relación con la elección del significado que debe atribuírsele a un enunciado prescriptivo en vista de su aplicación, las consecuencias que la eventual aplicación de la norma produciría tiene relevancia de cara a la solución de la litis. De esta manera, emerge un criterio teleológico de interpretación, según el cual una norma es o no idónea para calificar la situación concreta, dependiendo de los efectos que puede producir en relación con esta última.⁸³ Entonces, la elección de una interpretación es también, necesariamente, una elección que tiene que ver con las finalidades que la misma permite conseguir con la decisión sobre la litis.

Desde otro perfil, la referencia a la exigencia de calificación de determinados hechos concretos puede demandar una sustancial integración, en gran medida “creativa”, del significado que se le puede dar a una cierta norma. Ello ocurre todas las veces que la situación concreta no pueda colocarse directamente dentro del “núcleo” de dicho significado, sino que entre, al contrario, en la que ha sido definida como “zona de

penumbra” del mismo significado;⁸⁴ zona cuya amplitud depende de cuánto sea general el alcance de la norma o del principio que se intenta interpretar, y que subsiste siempre dentro de los “márgenes de apertura” de cualquier enunciado prescriptivo.⁸⁵ En tales casos, si bien por un lado la reducida fuerza obligatoria de la norma, al margen de su significado, abre el espacio para las elecciones valorativas del juez, por el otro, la solución del problema de si una determinada situación concreta entra o no en la categoría de situaciones reguladas por la norma, implica que el significado de esta última tenga que ser precisado y concretado con referencia a los *Tatbestandsmerkmale* de la situación concreta en particular, debido a que de ello depende, en sustancia, la posibilidad de “subsumir” o no dicha situación concreta en la norma.⁸⁶

Problemas de no menor complejidad surgen también a propósito de las aserciones sobre los hechos, ya sea que se trate de hipótesis que deben ser verificadas en el juicio, o bien que se trate de la ya alcanzada verdad judicial. La necesidad de confrontar la situación concreta con la situación abstracta definida por la norma plantea, ante todo, un problema de carácter semántico inherente a la posibilidad de traducir las aserciones de hecho, y como tales enunciadas en el lenguaje común, en aserciones correspondientes pero formuladas en el lenguaje “legal”; se trata, pues, de llegar a la enunciación de la situación concreta de los hechos en los términos que son propios de la situación abstracta, con un procedimiento que se desarrolla tendencialmente de acuerdo con reglas lógico-semánticas de transformación, aunque no excluye momentos de valoración.⁸⁷ No se trata, sin embargo, de un problema meramente lingüístico, en tanto que el mismo presupone dos operaciones que implican elecciones constructivas y valorativas muy complejas. Por un lado, la transformación semántica de los enunciados fácticos implica su categorización a través de la subsunción en conceptos o nociones de hecho más generales, en vista de la aproximación a los conceptos “de género” empleados en la norma;⁸⁸ se trata del procedimiento inverso y recíproco respecto del que permite la concretización de la situación abstracta en términos más particulares. Los dos procedimientos interactúan dialécticamente provocando una serie de transformaciones y adaptaciones de los enunciados (general y particular) inicialmente contrapuestos, verificándose el punto de encuentro cuando hay una coincidencia lógica y semántica entre el enunciado fáctico “generalizado” y el enunciado normativo “concretizado”.⁸⁹

Es evidente, por otra parte, que incluso la mera transformación de los enunciados fácticos implica elecciones relativas a los conceptos generales que son utilizados, de las cuales depende la posibilidad de reconducir a la situación de hechos concreta dentro de una u otra situación de hechos abstracta.

Por el otro lado, el juez debe escoger, dentro de la totalidad de las circunstancias de hecho a su disposición, los elementos calificadores de la situación concreta, destinados a tener relevancia para efectos de la decisión, y respecto de los cuales deberá aplicarse la operación de transformación apenas descrita.⁹⁰ Ello presupone que la *quaestio iuris* ya haya sido individuada con suficiente precisión, en la medida en la que la situación abstracta definida por la norma que pretende aplicarse constituye el criterio de selección de los “hechos jurídicos” del caso particular. Al respecto, es evidente que hay un problema de elección entre varias hipótesis normativas que hacen referencia al caso concreto, ya sea porque normas diversas pueden ser aplicadas alternativamente,⁹¹ o bien porque pueden existir diversas interpretaciones de la misma norma; en este momento los juicios de valor del juez juegan un papel decisivo, y en particular la apreciación de las consecuencias que impactarían en la decisión por el uso de diversos criterios normativos.⁹²

La calificación jurídica de los hechos de la causa dentro de un determinado modelo de decisión constituye, por lo tanto, el resultado de un complejo procedimiento de decisión que, mediante transformaciones orientadas dialécticamente de las proposiciones de hecho y de los criterios normativos de juicio, llega a establecer una especie de correspondencia semántica entre la situación de hechos concreta y una de las situaciones abstractas que resultan de la interpretación de las normas. También en esta fase, que tradicionalmente ha sido reconocida como lógico-deductiva, y que ha incluso representado el núcleo más sólido de la teoría deductiva del juicio, es, por el contrario, muy fácil identificar las características dialécticas y de discontinuidad que son propias de la estructura general hipotético-deliberativa del razonamiento decisorio en su conjunto.⁹³ El procedimiento que privilegia a la calificación consta de diversas secuencias dentro de las cuales, a la formulación de hipótesis alternativas le sigue la elección de la hipótesis más adecuada a las finalidades de la decisión, de acuerdo con las diversas directrices que guían la actividad del juez. La discontinuidad (o heterogeneidad intrínseca) del procedi-

miento subsiste en la medida en la que confluyen en él los diversos momentos que hemos señalado anteriormente:

1. El razonamiento tópico permite la transformación de los enunciados fácticos y normativos, su categorización y concretización, en tanto que proporciona los puntos de referencia del sentido común (las máximas de la experiencia) y del derecho (materiales doctrinarios y jurisprudenciales) de los cuales el juez se sirve para orientar sus propias elecciones.
2. Valoraciones de tipo axiológico intervienen tanto en la concretización de la norma en relación con los hechos, como en la elección o calificación de los hechos en relación con la situación normativa.
3. La lógica (y tal vez sea mejor decir la semántica lógica) no se agota en un esquema formal cristalizando el procedimiento examinado, sino que representa de igual manera el instrumento y el *test* de rectitud aplicable a las diversas operaciones que realiza el juez, ya sea porque la transformación de los enunciados de hecho y de derecho implica una serie de criterios lógicos y semánticos, como porque la confrontación dialéctica entre dichos enunciados es controlable desde un punto de vista lógico.⁹⁴ La rectitud de la así llamada “subsunción final”, con la cual la situación de hechos concreta se reconduce a una determinada situación abstracta, depende por lo tanto de la rectitud lógica de las operaciones que componen el entero procedimiento hipotético-deliberativo que estructura la calificación jurídica de los hechos; su “justicia” depende de manera prevaleciente de las apreciaciones valorativas que el juez ha efectuado en el curso de dicho procedimiento.⁹⁵

e. La decisión

Los procedimientos que hemos descrito sintéticamente en los incisos *b)*, *c)* y *d)* llevan a la formulación de hipótesis globales de decisión, las cuales, a su vez están sometidas, en el curso de *iter* decisorio, al control (*trial and error*) al cual hemos hecho referencia en el inciso *a)*. El resultado al cual llega el entero conjunto de actividades es la individuación de alternativas “finales” entre las cuales el juez elige la decisión. A su vez, esta está determinada por directrices de género diverso, como, por ejemplo, el mayor fundamento lógico de una hipótesis, la valoración de los

efectos de “justicia sustancial” que la misma produce a nivel general⁹⁶, la previsión de las consecuencias que se derivan en el caso concreto,⁹⁷ su coherencia con el “sistema” o con los precedentes, su correspondencia con el *petitum* planteado por las partes, su capacidad para agotar los términos de hecho y de derecho de la controversia, y así sucesivamente. También en este caso, por lo tanto, se repite la combinación de factores lógicos, contractivos y valorativos, así como la estructura dialéctica del procedimiento deliberativo.

Sin insistir ulteriormente sobre la estructura del juicio como un procedimiento de formación de la decisión, es necesario analizar en qué consiste el resultado de dicho procedimiento, profundizando en la distinción entre el juicio como actividad y el juicio como producto final de ella.

En la medida en la que el momento conclusivo de esa actividad consiste en la elección de un modelo global de decisión, la estructura del juicio como producto de la actividad decisoria coincide con la del modelo mencionado (que deja de ser una mera hipótesis de decisión para constituir la decisión establecida de manera definitiva). En este sentido, el juicio está constituido por un contexto de enunciados (cada uno de los cuales es el resultado de las elecciones o de las secuencias de elecciones examinadas anteriormente), vinculados entre sí por nexos de carácter lógico-jurídico. Desde el punto de vista descriptivo, se pueden distinguir los siguientes componentes:

1. Enunciados *normativos* que contienen los criterios jurídicos de decisión, y enuncian la interpretación de las normas aplicables que el juez ha establecido como “verdaderas” o “válidas” en el caso particular (o, en general, la *ratio decidendi* jurídica determinada en todo caso);
2. Enunciados *fácticos* o *descriptivos* que contienen la “verdad” judicial sobre los hechos de la causa, tanto los jurídicos como los simples;
3. *Enunciados calificativos* que contienen la calificación jurídica de los hechos principales en los términos de los criterios establecidos en los enunciados normativos;
4. Enunciados *prescriptivos* en sentido estricto, que establecen los efectos jurídicos que la decisión está destinada a producir sobre la situación de hechos concreta.

Desde el punto de vista estructural, se pueden individuar los principales nexos de conexidad entre esos enunciados o entre algunos de ellos: 1) implicación (necesaria o probable), por ejemplo, entre enunciados fácticos,

entre enunciados normativos y calificativos, entre enunciados calificativos y prescriptivos, entre enunciados fácticos y calificativos y así sucesivamente; 2) correspondencia semántica, por ejemplo, entre enunciados normativos y calificativos, o entre enunciados fácticos y calificativos; 3) compatibilidad lógica y semántica en el sentido de que, incluso cuando no haya implicación alguna, no debe haber tampoco contradicciones entre los diversos enunciados. En la hipótesis, muy frecuente en los hechos, en la cual el *thema decidendum* conste de una pluralidad de cuestiones de hechos y de derecho, emerge el ulterior elemento del: 4) prejuicio lógico y jurídico como criterio de orden entre las diferentes cuestiones, según el cual una cuestión implica un prejuicio respecto de otra si la solución de la primera es idónea para determinar la solución de la segunda.⁹⁸

Puede constatarse fácilmente que las características estructurales peculiares del juicio como procedimiento de formación de la decisión no se repiten en el juicio como resultado del *iter* decisorio. Así ocurre, ante todo, con el carácter heurístico-hipotético: los enunciados a los que hemos hecho referencia ya no constituyen hipótesis, en la medida en la que ya no están sometidos a confirmación o control, y expresan, al contrario, el resultado final y definitivo (al menos porque tiene que ver con el grado de juicio individual) de la actividad heurística y deliberativa del juez. No se reproduce, además, ni siquiera la estructura dialéctica de esa actividad: como se ha dicho, las relaciones entre los enunciados que constituyen el resultado del juicio, no son de contraposición, sino de implicación y correspondencia lógico-semántica, o, al menos, de compatibilidad.⁹⁹ Finalmente, la heterogeneidad de los instrumentos heurísticos y decisorios que son utilizados por el juez para alcanzar la decisión no se reproduce en toda su variedad en el contexto de los enunciados que expresan la solución final de las elecciones del juez: la única distinción que se adapta a ellos, y que, por otra parte no da lugar a consecuencias de relevancia particular, es entre enunciados “de hecho” o descriptivos, y enunciados “de derecho” o prescriptivos/calificativos.¹⁰⁰

f. La racionalidad del razonamiento decisorio

Teniendo en cuenta todo lo anterior, resulta evidente que el problema de la racionalidad del juicio no tolera una solución unitaria y global, y ni siquiera una solución positiva o negativa, que abarque de manera homogénea todos los momentos en los cuales se articula la actividad del juez.

▪ La estructura racional del juicio y de la motivación ▪

Ante todo resulta necesario distinguir el problema de la racionalidad del juicio como resultado de la actividad decisoria (sobre lo cual véase el inciso e), del de la racionalidad del procedimiento que lo estructura. Distinto, además, es a su vez el problema de la racionalidad de la justificación de la decisión expresada en la motivación (sobre lo cual véase el subsiguiente § 3, inciso d).

La racionalidad del juicio, entendido como contexto de enunciados que expresan las elecciones finales del juez, requiere a su vez una definición articulada.

Por un lado, se puede hablar de racionalidad del juicio en sentido “operativo”, entendiendo por ello que el enunciado es racional en la medida en la que es racional el conjunto de las operaciones de las que se deriva su formulación.¹⁰¹ Bajo este aspecto, la racionalidad del juicio es una función de la racionalidad del *iter* decisorio. Debido a que, además, el juicio estructura un conjunto de enunciados, el problema se fragmenta en el de la racionalidad de cada enunciado en particular, como función de la racionalidad del procedimiento del que el enunciado mismo expresa su resultado final. Por ejemplo, un enunciado normativo puede ser definido como racional o no, dependiendo de que la definición sea apropiada para el conjunto de las operaciones hermenéuticas que dan lugar a una cierta interpretación de la norma; de manera análoga, un enunciado fáctico se puede definir como racional en la medida en la que así pueda ser calificado el conjunto de las operaciones cognitivas en las que consiste la verificación de los hechos.

Se trata de un concepto de racionalidad indudablemente aceptable, que pone el acento sobre las características particulares de la actividad decisoria; por lo tanto, en la medida en la que el producto de dicha actividad está constituido por un contexto de enunciados, se puede hablar de racionalidad también a propósito de la estructura interna del dicho contexto. Bajo este aspecto, la racionalidad del juicio es una función de la racionalidad de los nexos que interconectan los enunciados que lo componen. Dicha racionalidad subsiste en la medida en la que se verifiquen tres condiciones:

1. La falta de contradicciones entre los diversos enunciados y entre sus presupuestos;
2. La presencia de algunos nexos de implicación (por ejemplo, entre “norma” y calificación de los hechos, o entre calificación y declaración del efecto jurídico), necesarios con base en la secuencia norma/hecho/consecuencia jurídica;

3. El respeto del orden de prejuicio entre las diversas cuestiones comprendidas en el *thema decidendum*.

Se trata de un concepto de racionalidad dotado de características peculiares. Ante todo, el mismo no tiene que ver con el enunciado en particular, sino con el entero conjunto de enunciados que constituyen el juicio, e involucra esencialmente la red de conexiones lógico-jurídicas entre enunciados, que constituye el diseño estructural de ese contexto. Debe subrayarse además que con ello no se proporciona una definición positiva y exhaustiva de la racionalidad del juicio, sino que se implica a una serie de condiciones necesarias, a falta de las cuales, el contexto del juicio no puede ser definido racionalmente, aunque, en el límite, los enunciados en particular que están comprendidos en el mismo son operativamente racionales.

En esencia, por lo tanto, el concepto de racionalidad del juicio es la síntesis de un doble orden de requisitos, que tiene que ver con la racionalidad de las operaciones que han producido los enunciados que lo constituyen, y a la racionalidad de sus conexiones contextuales. Lo que ello excluye, al contrario, es la noción de racionalidad como correspondencia entre el “contenido” de dichos enunciados, considerados individualmente o en su conjunto, con valores, expectativas o finalidades externas al contexto de la decisión, y que el intérprete asume como medida de valoración de la “justicia” de la decisión en sí.¹⁰²

Evidentemente ello no implica el que una valoración de este tipo sea ilegítima o inútil; al contrario, ésta es indispensable, además de ser legítima. Debe quedar claro, sin embargo, que no se trata de un juicio de racionalidad, a menos que el intérprete asuma los valores en los que cree como cánones absolutos de “razón”.¹⁰³ Se trata, por el contrario, de una apreciación valorativa y sustancialmente ideológica, encaminada a establecer si la decisión es “justa”, “útil” o “buena”, desde el punto de vista del conjunto de los valores éticos, sociales y políticos que constituyen la ideología del intérprete. En la medida en la que el juicio depende también de las elecciones de valor del juez, dicha apreciación puede incidir en los presupuestos y en las operaciones ideológicas de las cuales se desprende el juicio, además de los enunciados finales en los cuales éste se estructura, y bajo este aspecto surge la confrontación entre la ideología del juez y la del intérprete (o de la clase social de la que éste es portavoz), en un nivel que involucra a todos los aspectos del juicio. Por otra parte, ello no excluye

el hecho de que se trata de algo diverso del control de racionalidad del juicio considerado en sí mismo; al límite se vuelve legítimo el rechazo, justificado bajo el plano ideológico, de un juicio racional, así como es posible la aprobación ideológica de un juicio que carece de toda racionalidad.

También en relación con el problema de la racionalidad del procedimiento decisorio, es válida la consideración de que éste no tolera una solución unitaria y homogénea respecto a todas las fases en las cuales se articula. En efecto, hablar de racionalidad en este sentido, significa usar una noción de extrema síntesis, a la cual subyacen conceptos heterogéneos, en gran medida indefinidos o indefinibles, alrededor de los cuales bastará hacer una breve referencia. Ante todo, el haber individuado el núcleo estructural del razonamiento decisorio en el momento de la elección entre alternativas de acuerdo con reglas-guía determinadas, permite identificar una primera noción, eminentemente *formal*, de racionalidad. En este sentido es racional la elección que, dada una serie de alternativas posibles, y dado un criterio de selección (o de directriz del juicio), individua la solución más adecuada para dicho criterio.¹⁰⁴ Se trata, efectivamente, de un concepto que sirve para calificar como irracionales las elecciones intrínsecamente contradictorias (es decir, en las cuales la elección contrasta con el criterio que debería guiarla), pero que no excluye (al contrario implica) el que las operaciones realizadas por el juez para determinar las alternativas y para individuar los criterios de elección sean calificadas como racionales o irracionales de acuerdo con cánones de naturaleza diversa.

Al respecto, la heterogeneidad y discontinuidad de dichas operaciones, varias veces señalada, implica la referencia a una pluralidad de cánones, que en concreto pueden intersectarse o sobreponerse dentro del ámbito del razonamiento decisorio.

Un primer canon de racionalidad está constituido por el conjunto de las reglas lógicas y por las respectivas condiciones de aplicación. Como hemos subrayado anteriormente, la lógica no agota el razonamiento del juez, pero tampoco le es extraña al mismo, y representa además un instrumento indispensable en los diversos sectores de las operaciones comprendidas en el *iter* decisorio. En la medida en la que es (o debería ser) un instrumento para realizar operaciones “válidas”, la lógica representa también un conjunto de *tests* de rectitud aplicables a las diversas fases del razonamiento del juez. En consecuencia esto puede calificarse como racional en la medida en la que sea lógicamente válido, es decir, cuando

implique la correcta aplicación (y no contenga alguna violación) de reglas lógicas.

Un segundo canon de racionalidad está constituido por la así llamada *Sachlogik* de los juristas,¹⁰⁵ la cual comprende los tradicionales *argumenta* antilógicos o cuasilógicos, la metodología sistemática de la *Konstruktion*, el método típico de la formulación de la *quaestio* y la recolección de los materiales útiles para resolverla. En el ámbito del razonamiento decisorio, se trata de técnicas dotadas de una cierta eficacia heurística, ya sea con relación a la individuación de las alternativas entre las cuales se plantea un problema de elección, como respecto a la individuación de los criterios utilizables para juzgar la elección. Decir que el razonamiento del juez es racional desde el punto de vista de la *Sachlogik* significa considerarlo esencialmente bajo el perfil de su idoneidad; ello implica que el mismo haya individuado de manera satisfactoria las cuestiones que deben resolverse, haya formulado de manera completa las hipótesis de solución y los criterios de elección, y haya tomado en cuenta las consecuencias de cada eventual solución en el plano del sistema jurídico y en el ámbito de la controversia en lo individual. En este sentido, el razonamiento decisorio es racional si es completo, es decir, si ha considerado adecuadamente todos los aspectos relevantes, de hecho y de derecho, de la controversia, y si ha individuado los nodos problemáticos respecto a los cuales se impone la elección del juez.

En tercer lugar, el problema de la racionalidad involucra específicamente las elecciones de valor que el juez efectúa a lo largo del *iter* decisorio, y que tienen que ver tanto con la solución de los problemas, como con la asunción de directrices destinadas a la solución de los mismos. Al respecto vale la pena distinguir dos aspectos particulares, que pertenecen, más propiamente, a la lógica *tout court* y a la *Sachlogik*. En la medida en la que existe una “lógica del discurso valorativo”, emerge un conjunto de reglas atinentes con la validez y la coherencia formal del juicio de valor o del razonamiento sobre los valores.¹⁰⁶ Este aspecto de la racionalidad tiene que ver en general con la validez del razonamiento y entra en el primero de los cánones antes analizados. Por otra parte, también la *Sachlogik* implica valoraciones, si no por otra cosa porque muchos de sus argumentos tienen componentes claramente valorativos. Este aspecto está vinculado directamente con la racionalidad del juicio como a su idoneidad respecto de los problemas suscitados por el *thema decidendum*. El aspecto más rele-

vante y autónomo del problema tiene que ver, por el contrario, con la elección de los valores éticos, políticos o jurídicos a los cuales el juez uniforma su propio comportamiento, o que él aspira a realizar mediante sus propias elecciones; se trata, pues, de definir la racionalidad de la elección de los valores-guía, entendidos como directrices de juicio o como finalidades por alcanzar mediante el juicio.

Al respecto, debe señalarse que una elección de valor no puede ser definida como racional o irracional en si misma, sino sólo en el ámbito de un determinado sistema de valores,¹⁰⁷ lo que equivale a decir que la calificación de la racionalidad de la elección es ideológicamente relativa y condicionada. Bajo este aspecto, el juicio de valor es racional si es coherente con los valores sobre los cuales se funda una determinada ideología, y por lo tanto si está orientado hacia los fines que ésta indica como positivos. Por ejemplo, puede calificarse como racional un elección valorativa que, en el momento de la interpretación, apunta a realizar un valor establecido como principio constitucional.¹⁰⁸ A parte del hecho de que ello presupone haber identificado como “conjunto de valores” la que coincide con las normas constitucionales, una calificación semejante implica la asunción de una ideología en la cual esos valores se configuran como fines por realizar también por parte del juez; dada esa condición, la elección del juez es racional en tanto sea coherente y funcional respecto a un fin que se considera indicado como tal por las normas fundamentales del ordenamiento. De manera análoga, esa elección el calificable como racional si está conforme con los valores consolidados en un cierto ámbito social, es decir, si corresponde con la ideología “social” de una clase en un cierto momento histórico, y si es funcional con el sistema de fines que la misma se plantea alcanzar.

No hay espacio, por lo tanto, para una calificación neutral y abstracta de la racionalidad de las elecciones de valor. En todo caso, éstas son racionales si están conformes con una ideología determinada, y son irracionales si están en un contraste directo o indirecto con la misma. El concepto de racionalidad de los juicios de valor es pues, esencialmente, una variable ideológica, en tanto en que el grado de su racionalidad es la ideología de quien asume el papel de controlar un juicio de valor a partir de su racionalidad. En ese sentido, por ejemplo, una elección interpretativa que pretende exaltar la tutela individualista de la propiedad es ciertamente racional desde el punto de vista de la ideología liberal, pero no lo es

de ninguna manera desde la perspectiva de la ideología socialista. Consecuentemente, en esencia, el problema de la racionalidad de las elecciones de valor que realiza el juez no es otra cosa más que el problema de la toma de posición ideológica del juez en relación con el objeto del juicio y de los fines que se realizan a través del juicio. De manera análoga, el problema de controlar desde el externo si dichas elecciones son o no racionales coincide con el problema de la toma de posición ideológica del intérprete, o del ambiente social, en general, en relación con el juicio.

3. LA ESTRUCTURA DE LA MOTIVACIÓN

Las consideraciones realizadas en los apartados precedentes permiten precisar algunos puntos de suma importancia respecto a la intención de realizar un análisis relativo a la estructura de la motivación.

En primer punto tiene que ver con la definición de la relación que media entre el juicio y la motivación. Anteriormente hemos expuesto las razones por las que no se pueden unificar los dos tipos de razonamiento del juez; en particular aclaramos que entre ellos no hay simetría alguna y que, por lo tanto, el razonamiento decisorio no puede ser visto como el significado del discurso que constituye la motivación.¹⁰⁹ El nexo entre procedimiento decisorio y motivación no puede, por lo tanto, ser visto en una pretendida coincidencia entre las “razones reales” y los “motivos expresos” de la decisión, sino más bien en el hecho de que la motivación tiende a proporcionar la justificación de aquello que representa el resultado del procedimiento decisorio, es decir, de la decisión, entendida como el contexto de enunciados en los cuales están expresadas las elecciones “finales” a las que llegó el juez. Ahora bien, el hecho de que tales enunciados descendan de un procedimiento heurístico y deliberativo complejo, discontinuo y no condicionado lógicamente, no es algo carente de relevancia en relación con el modo de entender lo que debería ser la motivación, es decir, un discurso justificativo idóneo para fundar racionalmente los mismos enunciados. Ello no significa, como es obvio, que la motivación deba ser una relación detallada de las elecciones que realizó el juez. De ello se desprende, además, que la motivación es ficticia e inadecuada en la medida en la que no contenga la justificación de dichas elecciones, o incluso en la medida en la que tienda a hacer aparecer la decisión como

necesaria, disimulando los amplísimos márgenes de discrecionalidad que caracterizan en concreto a las elecciones del juez.¹¹⁰ Es notorio que la praxis está frecuentemente orientada en este sentido, pero se trata de un fenómeno condicionado por las ideologías del juicio (véase *infra*, inciso f). Ello no excluye el hecho de que el análisis estructural de la motivación deba atribuirle una relevancia decisiva a la naturaleza y a la génesis de los enunciados que deben ser justificados. Esencialmente, la discontinuidad y la heterogeneidad de los procedimientos que estructuran a esos enunciados, provocan que también en el ámbito del discurso justificativo no subsista una unidad y homogeneidad estructural, sino que éste se desarrolle de acuerdo con esquemas diversos y elásticos, adecuados a las diferentes necesidades justificativas. Se reproduce, por lo tanto, también en relación con la motivación, la exigencia de evitar la reducción a un sistema formal cerrado, y poner en evidencia, al contrario, las características de apertura, alternatividad e indeterminación, aun dentro de una estructura global que de cuenta de la característica de racionalidad que la motivación debe tener.¹¹¹

El segundo punto que es necesario aclarar tiene que ver con la perspectiva en la cual los problemas relativos a la motivación son afrontados en este momento. En la medida en la que la motivación es un discurso del juez, caracterizado por condiciones particulares de clausura y modalidades de objetivación, así como por tener como finalidad la de expresar la justificación de la decisión, el problema esencial es el de establecer en qué consiste la estructura justificativa de ese discurso. Ello implica algunos corolarios. Ante todo, el sistema de referencia que determina a esa estructura está constituido exclusivamente por “aquello que debe ser justificado”, es decir, por los enunciados que constituyen la decisión. Desde este aspecto, se vuelven irrelevantes algunos factores que bien pueden estar, de hecho, presentes en el discurso en cuestión, pero que tienen que ver con perspectivas diversas, como por ejemplo, las que tienden a deducir de la motivación indicios en torno al juez o a las “razones reales” de la decisión, o las que consideran a la decisión o su justificación como fenómenos psicológicos o sociológicos.

Desde otro punto de vista, resultan irrelevantes otras perspectivas encaminadas a interpretar o valorar a la motivación con base en criterios extraños al contexto de la sentencia. Por ejemplo, es posible descuidar el problema inherente a la actividad con la que el juez elabora la motiva-

ción, o a las relativas modalidades y a los condicionamientos que sufre el juez al respecto; se trata de elementos que pueden revestir un interés relevante, pero que tienen que ver directamente con la estructura del discurso del juez, aunque la condicionan de diversas maneras (véase al respecto *infra*, incisos *f*) y *g*)).

Ello implica, en esencia, que en relación con lo que aquí interesa, el problema de la racionalidad de la motivación no sea planteado con referencia a cánones o a valores externos a la misma, sino exclusivamente en el ámbito del discurso del juez, de su finalidad específica y de su estructura. Lo que el juez dice, debe ser valorado, en otros términos, desde el punto de vista de la función justificativa del discurso respecto a la decisión, quedando en un segundo plano, y fuera de los objetivos de la presente investigación, las otras posibles “claves de lectura” de dicho discurso.

Una última precisión tiene que ver con el hecho de que investigar en torno a la estructura de la motivación significa esencialmente analizar el modelo teórico. Ello implica un nivel de abstracción bastante elevado, pero permite una perspectiva más completa de la que resulta de las revelaciones inherentes a la praxis. Se trata de establecer, por lo tanto, cómo debería ser la motivación, más que constatar cómo es de hecho la motivación. Sin embargo, el modelo teórico de la motivación constituye el sistema de referencia para la valoración, bajo el aspecto de las finalidades respectivas, de la idoneidad de las motivaciones concretas en lo individual.

- a. El primer nivel de justificación:
la estructura lógica de la decisión

Antes de proceder al análisis estructural del discurso justificativo que constituye la motivación en sí, es necesario retomar la indicación realizada en el apartado anterior, en el inciso *e*), relativa a la presencia de nexos lógicos en el contexto de aserciones que expresan las elecciones finales realizadas por el juez en el momento de la decisión. Debe observarse en efecto que, de acuerdo con la terminología jurídica común, se entiende por decisión el pronunciamiento sobre la demanda, es decir, en sustancia, la declaración del efecto jurídico;¹¹² se trata de una acepción que comprende sólo una parte de lo que constituye la decisión desde el punto de vista lógico, la cual, como hemos visto antes, incluye también asercio-

▪ La estructura racional del juicio y de la motivación ▪

nes relativas a los hechos constatados y al significado de la norma que es aplicada. La consecuencia es que dichas aserciones son usualmente calificadas como partes de la motivación, aunque en realidad son la enunciación de decisiones inherentes a los términos de hecho y de derecho de la controversia. La individuación de los nexos que vinculan a esas aserciones equivale, por lo tanto, a la determinación de una parte de la estructura lógica de la motivación, tal como ésta es usualmente definida desde el punto de vista jurídico. No sólo dado que esas aserciones tienen que ver con los presupuestos fundamentales de los que se deriva la decisión final en relación con la demanda, se puede decir que sus conexiones representan el armazón esencial de la justificación de esa decisión.¹¹³ Dicho armazón no excluye evidentemente la estructura de la motivación, dado que ésta comprende también la justificación de las elecciones de las que derivan los diversos componentes del juicio final entendido en su sentido lógico. Sin embargo, en la medida en que la decisión sobre la demanda representa la consecuencia de los presupuestos de hecho y de derecho que ese juicio ha fijado, es legítimo considerar que la relación presupuestos-decisión entra en el campo de la justificación inherente a la decisión misma. Para limitar el análisis a un nivel muy general, el sistema de las relaciones que constituyen la estructura del juicio (entendido en sentido lógico, como contexto de las enunciaciones inherentes a las elecciones finales del juez) puede sintetizarse en un esquema de este tipo:

$$H \begin{matrix} \longrightarrow \\ \longleftarrow \end{matrix} N) \rightarrow C_1 \rightarrow C_2$$

Ello describe un conjunto de relaciones de implicación entre enunciados en el siguiente orden: 1) los enunciados inherentes a los hechos de la causa (H) implican la aplicabilidad de determinadas normas (N); 2) al contrario, las normas individuadas como aplicables (N) implican la existencia de determinados hechos (H). En la medida en la que subsistan ambos nexos de implicación, se realiza la coincidencia semántica entre situación abstracta y situación de hecho concreta.¹¹⁴ Ella, a su vez, implica la calificación (C₁) de los hechos verificados de acuerdo con las normas declaradas como aplicables. 4) La calificación jurídica de la situación de hecho concreta implica los efectos definidos por la norma calificadora y, por lo tanto, implica a la conclusión (C₂) consistente en la declaración de esos efectos por lo que hace a la relación deducida en el litigio.

En los términos de este esquema, se puede decir que la decisión final “deriva” de determinadas premisas de hecho y de derecho, en la medida en la que subsistan los nexos de implicación apenas indicados. Ello no hace referencia a la estructura lógica del procedimiento con la cual el juez llega a la decisión, sino más bien a la conexión entre las proposiciones (o los grupos de proposiciones) que se estructuran en ese procedimiento. Se trata, pues, del esquema estructural del discurso final del juez. El concepto de justificación que se desprende es, por lo tanto, relativo al nivel de dicho discurso, en la medida en la que tiene que ver, a su vez, con el orden lógico de los enunciados que forman parte del mismo. Las relaciones que se han definido sintéticamente con el término “implicación” pueden ser interpretadas conforme a los esquemas de la lógica de las inferencias y de acuerdo a los principios de interpretación semántica.¹¹⁵

Al respecto, parece oportuno limitarse a dos precisiones: La primera es que, en tanto no sea imposible interpretar el esquema examinado como una mera argumentación, se trataría de una perspectiva inadecuada para apreciar su estructura lógico-semántica peculiar: calificar una inferencia o un sistema de inferencias como un argumento retórico significa negar *a priori*, sin alguna razón válida, la estructura conceptual.¹¹⁶ La segunda precisión es que dicho esquema no puede ser interpretado de manera completa de acuerdo con los esquemas de la lógica deductiva. En efecto, la norma no es “deducida” del hecho, así como el hecho no es deducido de la norma, ni ello ocurre entre los respectivos enunciados. El único momento en relación con el cual se puede hablar de deducción, en efecto, es el que tiene que ver con la derivación de C_2 de C_1 , es decir, con la declaración, en el caso específico, del efecto jurídico previsto en un nivel general por la norma calificadora.¹¹⁷

Si las diversas cuestiones sobre las que vierte la decisión constituyen “referentes” separados y autónomos de juicio,¹¹⁸ éste se configura como una pluralidad de esquemas del tipo antes descrito, independientes el uno del otro. Es decir, para cada decisión en lo individual se reproduce la estructura lógica $(H \rightleftarrows N) \rightarrow C_1 \rightarrow C_2$. El hecho de que más esquemas de este tipo estén presentes en el mismo contexto solo plantea la exigencia de que sea respetada una condición general de coherencia del contexto mismo: es necesario que las aserciones de hecho y de derecho en las cuales se expresa la decisión sobre una cuestión no sean incompatibles con las aserciones que son utilizadas en la decisión sobre otra cuestión.¹¹⁹

Para que cada esquema justificativo en lo individual resulte idóneo para fundar la respectiva conclusión, es necesario, en efecto, que sus componentes no estén en contraste con otros elementos presentes en el discurso del juez, lo que equivale a decir que puede subsistir una justificación racional solo a condición de la no contradicción interna del contexto en el cual la decisión individual está colocada.

Más compleja es, al contrario, otra hipótesis en la cual las diversas cuestiones están vinculadas por un nexo de prejuicio-dependencia lógica,¹²⁰ nexo que subsiste en el caso de que la solución de una cuestión sea idónea para condicionar la solución de la cuestión lógicamente sucesiva (dependiente).¹²¹ En esa situación, las condiciones de racionalidad del contexto global de la decisión son las siguientes:

1. Si la decisión sobre la cuestión de prejuicio es tal que condiciona directamente la decisión sobre la cuestión dependiente, surge un ulterior nexo de implicación, en la medida en que la solución de la cuestión dependiente “deriva” directamente de la solución de la cuestión de prejuicio. En ese caso, el enunciado relativo a esta última implica uno o más enunciados inherentes a la cuestión de prejuicio, cuya decisión está fundada (o justificada) también por la decisión de la cuestión de prejuicio.¹²²
2. Si la decisión de la cuestión de prejuicio no es tal como para condicionar directamente a la solución de la cuestión dependiente, no subsiste el nexo de implicación apenas descrito, y consecuentemente, la solución de la segunda cuestión es lógicamente autónoma respecto de la solución de la primera. Se trata, en efecto, de la situación según la cual, aun siendo la cuestión de prejuicio potencialmente idónea para condicionar la decisión de la cuestión dependiente, la solución que el juez le da en concreto no produce ese efecto. En ese caso, en el nivel de los enunciados que expresan las elecciones finales del juez, la única condición de racionalidad del contexto está constituida por la falta de contradicción entre las aserciones que lo componen. Es suficiente, pues, que los términos en los cuales es planteada y resuelta la cuestión dependiente no sean incompatibles con los que es planteada y resuelta la cuestión de prejuicio.¹²³

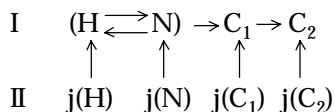
En línea general, por lo tanto, se puede decir que un ulterior elemento estructural del discurso en el cual se expresa el juicio está representado,

en el caso en el que haya cuestiones de prejuicio, por el orden lógico del prejuicio-dependencia entre las soluciones de las cuestiones, el cual se expresa, dependiendo de los casos, en relaciones de implicación entre enunciados inherentes a las diversas cuestiones, o bien solamente en una condición de compatibilidad entre esos enunciados.

b. El segundo nivel de justificación

El sistema de relaciones lógicas entre los enunciados que expresan las elecciones finales del juez no agota la justificación de la decisión sobre la demanda y, por lo tanto, no agota siquiera la estructura de la motivación, aunque, como hemos dicho, individúa algunos de sus elementos fundamentales. En efecto, cada uno de esos enunciados constituye el resultado final de elecciones, en ocasiones muy complejas, cuya formulación constituye el núcleo esencial y el más problemático de la actividad decisoria, y ello implica que la fundamentación de los enunciados mismos no pueda nunca considerarse como evidente, sino que debe ser siempre relacionada con la racionalidad de las elecciones de las cuales los mismos derivan. En el plano de la motivación, ello implica que la decisión final no pueda considerarse justificada adecuadamente sino en la medida en la que sean justificados a su vez los enunciados H, N, C₁ y C₂, con base en sus respectivos presupuestos racionales. En otras palabras, ello implica que la justificación de las elecciones mediante las cuales el juez llegó a determinar los presupuestos de los cuales deriva la decisión final.

Bajo este aspecto, el discurso que constituye la motivación se presenta estructurado en dos niveles, que pueden representarse esquemáticamente de la siguiente manera:



El nivel I tiene que ver con la estructura lógica ya descrita de los enunciados inherentes al contexto en el cual se expresa la decisión; el nivel II tiene que ver con la justificación inherente a cada uno de dichos enunciados considerado individualmente. El significado de la fórmula con la cual se representa el nivel I ya fue definido en el inciso a); el significado de los

símbolos que aparecen en el nivel II debe definirse de la siguiente forma: $j(H)$ indica la justificación de la verificación de los hechos; $j(N)$ indica la justificación de la elección de la norma aplicable y de su relativa interpretación; $j(C_1)$ indica la justificación de la calificación jurídica de H según N , y tiene una relevancia autónoma en la medida en la que, como hemos visto precedentemente, también la subsunción implica elecciones autónomas; $j(C_2)$, por último, indica la justificación de la decisión en relación con el efecto jurídico que es inherente a la situación de hechos concreta.¹²⁴

Ahora trataremos de profundizar el examen de aquella parte de la motivación que, en el esquema apenas propuesto está identificada con el nivel II, y que consta de justificaciones inherentes no tanto a la decisión entendida genéricamente, sino a los enunciados que constituyen sus componentes esenciales. Es algo intuitivo al respecto que un enfoque puramente descriptivo no es posible prácticamente, ni tampoco útil, tratándose de fenómenos que en los hechos conocen un radio ilimitado de variaciones. Resulta, por ello, más fructífera una perspectiva que busque identificar una tipología estructural de máxima de las justificaciones sobre las que se discute, que resulte idónea para poner en evidencia los modelos esenciales de los argumentos justificativos a los que puede recurrirse en los diversos “lugares” individuados en el nivel II del esquema antes expuesto. No faltará hacer referencia también a algunos de los principales factores que influyen el modo de ser concreto de la motivación. Debe precisarse desde ahora, en todo caso, que no se trata de elementos estructurales, sino de variables que inciden sobre el modo en el cual el juez modela en cada ocasión su propio discurso, adaptándolo a las diversas exigencias.

c. Los dos grados de justificación

Es bastante difundida entre quienes han analizado la estructura de la justificación, su distinción en dos grados o niveles. Ésta ha tenido formulaciones terminológicamente diversas y con frecuencia no coincidentes, pero ello no impide el reconocerles una notable relevancia en el ámbito de la “lógica justificativa” referida a las elecciones del juez. De acuerdo con este señalamiento, resulta necesario hacer una distinción entre: una justificación de primer grado (interna, primaria), que, plantea determinadas alternativas y determinadas reglas de elección, presenta a una de las alternativas como la “mejor” o la “más fundada” con base

en tales reglas; y una justificación de segundo grado (externa, secundaria) dirigida a presentar como “justa” o “fundada” la asunción de las reglas utilizadas para realizar dicha elección.¹²⁵

Cada justificación inherente a un enunciado se configura, por lo tanto, como un procedimiento discursivo articulado, en el cual el enunciado aparece como la alternativa más oportuna de acuerdo con determinados criterios de juicio, y en el cual además se presentan razones suficientes para que estos últimos sean considerados como un adecuado fundamento del enunciado en cuestión.

En relación con la primera fase de ese procedimiento, vale la pena aclarar algunos de sus aspectos más relevantes. El primero de ellos es que dicha fase puede reconducirse fácilmente a un modelo lógico, a condición de que los términos que en ella se utilizan estén determinados o sean determinables con suficiente precisión.¹²⁶ En efecto, el enunciado que se trata de justificar constituye la conclusión de una inferencia que parte de ciertas premisas (los datos de la cuestión por decidir), y está formulada de acuerdo con criterios de inferencia (las directrices de elección asumidas en el caso en particular).¹²⁷ Ello vale, por ejemplo, para la justificación de enunciados interpretativos, en la medida en que la atribución de un determinado significado a una norma está justificada si se deriva lógicamente de cánones interpretativos explícitos,¹²⁸ pero vale también para la justificación de aserciones fácticas, que se presentan como justificadas en la medida en la que son el resultado de inferencias fundadas en datos de hecho, y realizadas de acuerdo con criterios cognoscitivos resultantes de una inferencia.¹²⁹ Bajo este aspecto, asumen una función justificativa relevante tanto la lógica del lenguaje normativo (o de la interpretación), como la lógica de las inferencias fácticas.

De todo ello resulta que el punto esencial de esta fase del razonamiento justificativo está constituida por los cánones sobre los que se funda la justificación. Al respecto, es fundamental la distinción entre *rules of guidance*, conforme a las cuales la elección es realizada, y *rules of justification*, conforme a las cuales la elección es motivada. El juez puede también hacer referencia al mismo criterio de ambos momentos, pero en línea de máxima debe reconocerse que, en tanto que una de las directrices usadas para decidir puede no estar expresada en la motivación, no necesariamente un criterio de justificación usado en ella también ha significado efectivamente una directriz de elección.¹³⁰ El discurso justificativo del juez cumple la

función que le es propia en la medida en la que la aserción que debe ser motivada puede considerarse como una consecuencia lógicamente correcta de los cánones usados en la función justificativa; ello en la medida en la que, en este nivel, se vuelve controlable la validez lógica del discurso mismo.¹³¹

Consideraciones en buena medida diversas valen, por el contrario, respecto al segundo grado de justificación, esencialmente porque la justificación de las *rules of justification* no puede ser definido, a su vez, a partir de un modelo lógico de tipo inferencial. Ello aparece claramente de la consideración de las hipótesis que, en la amplia gama de las situaciones posibles, pueden considerarse más frecuentes. En el caso del juicio de hecho, fundado en máximas de la experiencia, la elección de la máxima usada para justificar una cierta conclusión fáctica es difícilmente justificable, a su vez, en el plano lógico.¹³² Normalmente, al contrario, el uso de una máxima de la experiencia está justificado solamente por el hecho de que ésta tiene un cierto fundamento en el ámbito del sentido común, así como por la consideración de que ella resulta útil, en el caso específico, con la finalidad de considerar como atendibles determinados hechos. Se trata, como es fácil observar, de una justificación de carácter tópico, cuyo fundamento de racionalidad consiste simplemente en la existencia de un consenso difundido en torno a lo que afirma la máxima. Por otra parte, no podría ocurrir de manera diversa si no es a costa de imaginar jerarquías o sistemas de máximas, que corren el riesgo de ser del todo inatendibles. La hipótesis que es una excepción es aquella en la cual la verificación de hecho es realizada mediante un criterio científico: en ese caso, la justificación del criterio deriva de la validación que el mismo importa del sector de la ciencia a la que pertenece, aunque también en ese caso puede no faltar el elemento tópico del consenso difundido (a nivel científico en este caso) sobre su credibilidad.¹³³

En el caso de que se trate de justificar la elección de una norma como criterio de juicio, por otra parte, la justificación puede ser de dos tipos.¹³⁴ Se tiene una justificación “legal” si la norma se demuestra válida, eventualmente mediante la remisión a una norma superior si se asume que el ordenamiento está modelado de conformidad con la *Stufenbau* kelseniana. En este caso, la justificación sigue cánones lógico-jurídicos. Ello no ocurre, por el contrario, en relación con la justificación “extralegal”, con la cual se demuestra la utilidad, la justicia, etcétera, de la norma. Es fácil

entender, en efecto, que el recurso a los principios generales y a valores ético-políticos implica que la justificación tenga un carácter valorativo; en ese caso, la norma está justificada en la medida en la que resulta coherente con los principios y los valores respecto a los cuales el juez considera que debe uniformar sus propias elecciones. Desde el punto de vista del control externo sobre la motivación, la norma resulta entonces justificada extralegalmente en la medida en la que los valores sobre los cuales la justificación se funda son reconocidos como propios por quien efectúa dicho control, y si de ellos se puede deducir racionalmente la posibilidad de aplicar la norma en cuestión.¹³⁵

La hipótesis es análoga, y valen las mismas consideraciones, cuando se trata de justificar la adopción de un canon de interpretación usado para establecer el significado de una norma. Al respecto se puede tener una justificación “legal” cuando ésta pueda ser reconducida a una norma que lo prescribe, aunque el caso peculiar —y más frecuente—, es aquel en el que estamos ante una justificación “extralegal”, es decir, ante el recurso a elementos externos de diversa naturaleza, que van de las reglas de construcción jurídica a la referencia a principios generales o a valores éticos, políticos o jurídicos.¹³⁶

En líneas generales, por lo tanto, la distinción entre justificación de primer y de segundo grado individúa dos aspectos profundamente heterogéneos del discurso justificativo en el cual consiste la motivación; desde el aspecto estructural, ésta muestra esencialmente en qué medida permite poner en evidencia la naturaleza inferencial de la justificación interna de la elección, en contraposición a la justificación externa, en la cual juegan un papel relevante las argumentaciones persuasivas y valorativas.

d. Los conceptos de racionalidad de la justificación

De acuerdo con todo lo que se ha dicho hasta ahora, el problema de la racionalidad de la motivación no se presenta como resoluble desde un punto de vista unitario, si no es a costa de generalizaciones extremas.¹³⁷ Por lo tanto, el mismo debe reformularse en términos diversos. Por un lado, el concepto que asume como lógica a la motivación debe extenderse hasta comprender la aplicación de las formas lógicas no deductivas, con referencia particular a la lógica inductiva, a la lógica de la inferencia y a

la lógica modal o deóntica. Por otra parte, el concepto de racionalidad de la justificación no puede ser hecho coincidir con el de logicidad.

También por fuera de las áreas del discurso que se presentan estructuradas de acuerdo con formas lógicas, en efecto, se plantea igualmente el problema de si la justificación es o no racional; éste tiene que ver tanto con los momentos en los cuales entra en juego la *Sachlogik* jurídica, como en los momentos en los cuales, más específicamente, el fundamento de la justificación está constituido por juicios de valor. Al respecto, debe subrayarse el hecho de que el concepto de racionalidad se desdobra inevitablemente en dos acepciones que demandan consideraciones separadas: se puede, en efecto, hablar de racionalidad de la justificación en cuanto la argumentación en la cual ésta consiste presenta determinados requisitos de coherencia y de orden lógico, con referencia preeminente, por lo tanto, al aspecto estructural y formal del discurso.¹³⁸ Se puede hablar, además, de racionalidad en el sentido de *materiale Gerechtigkeit* de la justificación, es decir, en el sentido de la aceptabilidad, por parte de los usuarios de la motivación, de las elecciones valorativas sobre las cuales se funda, para decirlo de alguna manera, el contenido de la justificación misma.¹³⁹ En la primera acepción, la justificación es racional en la medida en la que es coherente *iuxta propria principia*; en la segunda, aquella es racional en la medida en la que los *principia* sobre los cuales se funda coinciden con los valores asumidos en el ambiente sociopolítico en la cual está destinada a operar.

Se trata evidentemente de modos de calificación del discurso justificativo, o de partes individuales del mismo, que responden a criterios heterogéneos. No es imposible coordinar dichos aspectos desde el punto de vista de la estructura de la justificación, en particular si se mira más a la racionalidad interna del discurso justificativo que a la racionalidad externa constituida por la correspondencia de sus contenidos con los valores del usuario. Bajo este aspecto, el núcleo de la justificación está constituido por las partes que se presentan modeladas de acuerdo con formas lógicas: donde ello ocurre, en efecto, la validez de la justificación puede ser controlada a través de la rectitud lógica de sus argumentos. Cuando esta subsiste, se tiene el grado máximo de objetivización y de racionalización del argumento justificativo, en tanto que es más intensa la estructura lógica del mismo de acuerdo con los esquemas de validez generalmente reconocidos.

En los casos en los que eso no ocurre, se individúa una zona del discurso que se puede calificar como para-lógica o cuasi-lógica. En ella los esquemas prevalecientes son esencialmente de dos tipos: los *argumenta* de la lógica jurídica tradicional (que comprenden a todos los cánones hermenéuticos identificados por la teoría de la argumentación jurídica), y los argumentos que se suelen reconducir dentro del campo de la “lógica de lo racional”.¹⁴⁰ En ese caso, el discurso no puede ser calificado desde el punto de vista de la validez lógica; sin embargo, el mismo es coherente (es decir, presenta una condición mínima de racionalidad) en la medida en la que responda a tres requisitos: a) es necesario que se respeten las consideraciones de uso que son inherentes a un *argumentum* en lo individual; b) que la justificación argumentativa sea posible lógicamente; y c) que la misma no contenga alguno de los vicios que pueden anular su validez.¹⁴¹

Finalmente queda una tercera posible zona del discurso, residual respecto de las dos ya examinadas, en la cual falta toda estructuración lógica o cuasi-lógica, y subsiste únicamente la argumentación retórico-persuasiva. Al respecto, no es posible hablar de estructura o de validez del discurso, precisamente porque este no está subordinado más que a fines externos, consistentes en suscitar el consenso del destinatario. El discurso, pues, puede ser calificado sólo desde el punto de vista de la eficacia,¹⁴² no por el de la validez. Es evidente, en efecto, que el consenso puede ser provocado con un argumento inválido desde el punto de vista lógico, de la misma manera en la que un argumento lógicamente válido puede no ser persuasivo.¹⁴³ Este sector escapa a toda calificación de racionalidad “interna” o “contextual”, y se le adapta sólo el calificativo (por otro lado impropio si se refiere al discurso considerado en sí mismo) de racionalidad de los contenidos, es decir, de aceptabilidad de las elecciones sobre las cuales se tiende a generar el asentimiento. Debe subrayarse además, que la justificación de tipo meramente persuasivo se coloca en un nivel mínimo de objetivación y de racionalización, precisamente en la medida en la que el argumento no puede ser apreciado bajo el aspecto estructural, sino solamente desde el punto de vista de su eficacia persuasiva. En línea de máxima, la tripartición señalada, permite identificar diversos niveles del discurso justificativo, diferentes entre sí en la medida en que presentan una estructura lógica, cuasi-lógica o meramente persuasiva. Sobre el valor y la función de esta distinción son necesarias algunas precisiones.

Ante todo, el valor que le es atribuido a la presencia de estructuras formales lógicas en sentido estricto, o derivadas de la lógica de lo razonable, con la finalidad de individuar la racionalidad del discurso, no coincide con el valor que, según otros criterios de juicio, puede serle reconocido al contenido de los argumentos en lo individual. En otros términos, puede ocurrir que el factor justificativo de mayor relevancia ética, jurídica o política, no esté expresado en una argumentación estructurada lógicamente, sino, al contrario, sea propuesto de manera meramente retórico-persuasiva. Viceversa, puede ocurrir que la justificación lógica más convincente tenga que ver con aspectos menos importantes, en lo que hace al contenido, del discurso del juez. Ello no obsta, sin embargo, para que el análisis de los componentes estructurales de la argumentación justificativa mantenga un perfil autónomo: por ejemplo, puede ser extremadamente significativo el constatar que las valoraciones de fondo sobre las cuales se basa la motivación no fueron suficientemente racionalizadas y, sin embargo, sean propuestas de manera apodíctica, tal que las substraiga de todo examen crítico. El análisis estructural permite afirmar, en un caso de este tipo, que independientemente de la “bondad” o “justicia” intrínseca de esas valoraciones, las mismas están privadas de una adecuada justificación racional, o bien no son a su vez idóneas para proporcionar una justificación a las elecciones que el juez declara haber realizado.

La consideración de la motivación se escinde, pues, en dos perspectivas independientes la una de la otra: la primera, que se refiere a los componentes estructurales del discurso, permite establecer si el mismo constituye una justificación racional, objetivada y controlable bajo el aspecto de la validez y de la rectitud; la segunda, que se refiere a los contenidos específicos del discurso, tiene por objeto valorar las elecciones realizadas por el juez bajo el aspecto de la correspondencia con las expectativas, con las finalidades y con las ideologías del espectador.

En segundo lugar, vale la pena precisar que en concreto, los tres niveles discursivos pueden ser, en cierta medida, intercambiables. La distinción ni se repite, en efecto, de manera constante en las diversas motivaciones, sino que varían las partes del discurso que en cada ocasión se presentan en cada nivel. Así, por ejemplo, mientras que la praxis pre-valeciente es en el sentido de colocar a la interpretación de las normas en el nivel de justificación cuasi-lógica, mediante el uso de los *argumenta*

hermenéuticos tradicionales, puede ocurrir que la justificación de las elecciones interpretativas sea realizada de acuerdo con esquemas rigurosamente lógicos, o que, por el contrario, consista en argumentos meramente persuasivos. De manera análoga, mientras que la referencia a los valores ético-políticos tiende, por regla, a ser meramente persuasivo, puede ocurrir que la misma sea racionalizada con argumentos “razonables”, o esté incluso estructurada, al menos en una cierta medida, de acuerdo con las reglas de la lógica modal. Variaciones de este tipo resultan interesantes especialmente para el tema del estilo de la motivación, y dependen en sustancia de la ideología de la motivación con la cual se uniforma el juez (véase *infra*, inciso f). Esas variaciones pueden permitir que, en concreto, la motivación se plantee integralmente solo en uno de los tres niveles discursivos bajo examen; sin embargo, la hipótesis más frecuente es que los tres estén presentes simultáneamente, con una amplitud y una importancia diversa en cada caso.

La heterogeneidad de los niveles y de los tipos de discurso presentes en la motivación integra un elemento metodológico esencial cuando se considera a la motivación misma como un discurso justificativo racional. La mejor demostración de ello está dada, precisamente por aquellas teorías de la motivación que, en modo diverso, han intentado operaciones unificadoras. La colocación de la motivación en el plano meramente lógico, y de manera más exclusiva en el lógico-deductivo, ha conducido, como hemos visto antes, a una visión extremadamente reductora del fenómeno, y a la adopción de cánones de racionalidad excesivamente rígidos y restrictivos. Por el contrario, la colocación en el plano retórico-persuasivo ha provocado, como también hemos visto, no sólo la incapacidad de advertir los aspectos peculiares y más problemáticos del razonamiento del juez, sino también la total disolución del problema de la racionalidad de dicho razonamiento.

e. Tipos y estructuras de justificación racional

El carácter intercambiable y móvil de los diversos niveles del discurso justificativo, a los cuales nos hemos referido, no impiden identificar los momentos de la motivación que pertenecen de manera más típica, de acuerdo con la naturaleza de los enunciados que se trata de justificar, a uno u otro nivel. Por otra parte, con la finalidad identificar el modelo

racional de la motivación, resulta interesante indicar el modo en el que operan en su estructura los diversos tipos de justificación, y por lo tanto, qué papel tienen los conceptos de racionalidad que se refieren a los mismos. En particular, vale la pena precisar cuál es la relevancia de la justificación de tipo lógico o cuasi-lógico, en contraposición con la de naturaleza retórico-persuasiva.

En relación con la justificación de primer grado, o interna, se ha mencionado antes que la misma asume una forma de inferencia. Vale entonces el esquema “c (h, e)”¹⁴⁴ que indica que el enunciado es una hipótesis (h) fundada en un conjunto de elementos de confirmación, constituidos por las premisas y las reglas de inferencia (e); es también válido el esquema “C (D, W)” para representar la justificación del enunciado (C = *conclusion*) como función de las premisas (D = *data*) elaborado conforme a criterios de inferencia (W = *warrants*).¹⁴⁵

La justificación de primer grado puede ser interpretada, por lo tanto, desde el punto de vista lógico, en la medida en la que la inferencia en la cual consiste presenta una estructura lógica que puede individualizarse con bastante claridad. En concreto, sin embargo, ello no ocurre sino cuando subsisten algunas condiciones: es necesario, pues, que sean hechas explícitas las premisas de las cuales parte la inferencia justificativa, y que sea hecho explícito el pasaje lógico que permite que de aquellas lleva a configurar el enunciado que quiere justificarse como conclusión.¹⁴⁶ En los casos en los que ello no se verifique, no se puede decir que al nivel del discurso justificativo que constituye la motivación subsista una adecuada justificación. En efecto, la validez de la inferencia no puede ser controlable si no son hechas públicas las premisas y los criterios. Por el contrario, aunque el enunciado que se trata de justificar representa una solución seleccionada entre varias alternativas, no es necesario que sea justificada la exclusión de las otras soluciones, y ello sería imposible, por otra parte, en el ámbito de la estructura lógica que estamos examinando; es suficiente, en cambio, que la solución elegida por el juez resulte válida lógicamente con base en las premisas y en los criterios que son enunciados en la motivación.¹⁴⁷

En cuanto a la forma lógica de la justificación en primer grado, debe reconocerse que ésta puede asumir las diversas formas de la inferencia, principalmente en relación con la naturaleza lógica del criterio justificativo. Por lo que tiene que ver, por ejemplo, con la justificación de una

elección interpretativa, puede ocurrir que se trate de una forma deductiva, si es posible disponer de un criterio hermenéutico de orden general a partir del cual pueda deducirse el significado que le es atribuido a la norma;¹⁴⁸ por otra parte, es más probable que éste sea inducido sobre la base de directrices hermenéuticas de diversa naturaleza.¹⁴⁹

El esquema de la inferencia interpretativa es entonces “c (h, d' + d'' + dⁿ)”, en donde el conjunto de las directrices (d) constituye el fundamento inductivo que sustenta la hipótesis interpretativa (h) como conclusión de la inferencia.¹⁵⁰ Consideraciones análogas son válidas cuando se trata de justificar una elección cognoscitiva inherente a un *factum probandum*. También en este caso es posible que la justificación tenga forma deductiva, si el juez dispone de una regla de inferencia constituida por una ley general. Por otra parte, es algo indudablemente más frecuente el caso en el cual el enunciado inherente a la existencia de un hecho sea la conclusión de una o más inferencias inductivas concatenadas entre sí, las cuales operan en el sentido de conferirle un cierto grado de probabilidad (de credibilidad) a dicho enunciado.¹⁵¹ El esquema estructural de la inferencia justificativa es, entonces, el siguiente: “c (h, ec' + ec'' + ecⁿ, m' + m'' + mⁿ)”, en donde el enunciado (h) es justificado con base en los elementos cognoscitivos (ec) interpretados conforme a las máximas (m).¹⁵²

La justificación de segundo grado no puede ser reconducida, como hemos señalado antes, a una estructura de inferencias, y ello excluye la posibilidad de identificar en ella un discurso de nivel exclusivamente lógico. Ello no implica, por otra parte, que se trate de un discurso meramente persuasivo, debido a que no faltan las posibilidades de estructuración, al menos parcial, en sentido lógico o cuasi-lógico.

Por una cuestión de brevedad, la ejemplificación puede limitarse al caso en el cual se trata de la justificación de la selección de una directriz, utilizada en el ámbito de la justificación de primer grado de una elección justificativa. Se trata, pues, de fundar el uso de una regla hermenéutica de la que se ha servido el juez para establecer el significado de una norma relevante para la decisión.

Al respecto, los tipos de argumento justificativo pueden ser reconducidos a tres, eventualmente concurrentes dentro del mismo discurso.¹⁵³ Se puede tener, ante todo, una justificación tópico-jurídica, según la cual la elección de un determinado canon hermenéutico está fundada en el uso que del mismo hace la doctrina y la jurisprudencia, sobre su

fundamentación teórico-científica y, por lo tanto, en esencia, sobre el consenso calificado existente en torno a su validez.¹⁵⁴ Se trata evidentemente de una justificación no lógica. Sin embargo, su fundamentación puede ser controlada mediante algunos requisitos objetivos: por ejemplo, pueden ser controlables la existencia del consenso científico, la difusión a nivel jurisprudencial, la correspondencia de los precedentes respecto al caso en el cual es aplicado, su validez teórica, y así sucesivamente. En la medida en la que la justificación tópica consiste en indicar elementos para confirmar la legitimidad o la oportunidad del uso de un criterio interpretativo, el control racional vierte sobre la existencia y sobre la eficacia justificativa de dichos elementos en relación con la elección del juez. El marco de referencia de ambas operaciones no es la lógica en sentido estricto, sino la *Sachlogik* de los juristas, la cual proporciona argumentos de máxima que pueden ser utilizados para la justificación tópica de la elección y para la valoración de lo adecuado de dicha justificación.

El segundo tipo de justificación de la elección de una directriz interpretativa puede definirse como teleológico.¹⁵⁵ Éste consiste esencialmente en mostrar que la directriz elegida permite conseguir resultados apreciables, es decir, interpretar la norma deduciendo consecuencias oportunas. Se trata, en otros términos, de justificar el medio con base en el fin que aquél permite conseguir.¹⁵⁶ En una justificación de este tipo, están presentes niveles de discurso heterogéneos. Por un lado, se trata de demostrar que un cierto significado de la norma resulta del canon hermenéutico en cuestión, es decir que éste produce y legitima dicho significado, y entonces nos encontramos en el nivel lógico. Además, la conexión medio/fin es lógicamente controlable de acuerdo con los principios del así llamado razonamiento práctico.¹⁵⁷ Por otra parte, es evidente que dicha justificación sólo subsiste en la medida en la que subsista la valoración positiva sobre el resultado interpretativo que el canon hermenéutico elegido permite. Al respecto, emerge un momento de valorativo del discurso, en la medida en la que se trata de fundar la elección del método interpretativo sobre el valor de los resultados que el mismo permite alcanzar.

Finalmente, el tercer tipo de justificación de la elección de un canon hermenéutico es valorativo,¹⁵⁸ y se presenta en cada ocasión que el mismo canon esté constituido por un juicio de valor, o de cualquier manera cuando su significado puede ser determinado en todo o en parte, sola-

mente con base en juicios de valor. En ese caso, la justificación es el resultado de la intersección de un discurso estructurado lógicamente y de un discurso puramente retórico-persuasivo. Se tiene un discurso estructurado lógicamente en la medida en la que, una vez que se ha determinado el valor de referencia al cual está orientada la elección, la validez del juicio que se funda sobre el mismo¹⁵⁹ depende de condiciones lógicas y, por lo tanto, puede ser controlado.¹⁶⁰ Al respecto puede hablarse de una “lógica de la justificación de los juicios de valor” como un conjunto de reglas y de procedimientos conforme a los cuales estos juicios son fundados con base en sus “razones” respectivas. En particular se puede distinguir un procedimiento de “verificación” del juicio de valor,¹⁶¹ mediante el cual se establece la correspondencia al estándar o criterio valorativo determinado, y un procedimiento de “convalidación”,¹⁶² mediante el cual la asunción del criterio valorativo está justificada con base en un criterio de orden superior o más general.

El discurso retórico-persuasivo tiene que ver, por el contrario, más propiamente con la justificación inherente a la elección del valor que determina la valoración, aunque no puede decirse que la agote. La justificación de la asunción de un valor como criterio de juicio puede implicar, en efecto, a dos procedimientos diversos: la validación opera, como hemos apenas señalado, justificando la elección con base en un valor más general dentro de un dado sistema de valores. Se trata de un procedimiento dotado de estructura lógica, en el cual el valor que convalida constituye la premisa de una inferencia que justifica la asunción del valor “convalidado” cuya grado de rectitud puede ser controlable de manera intersubjetiva.¹⁶³ Cuando la validación no es posible porque falta un sistema de valores o bien porque se trata de justificar el valor base del sistema, no nos queda más que el procedimiento de “reivindicación”, con el cual se intenta provocar persuasivamente un asentimiento externo sobre bases esencialmente emotivas.¹⁶⁴ La reivindicación, por mucho que pueda hacer uso de instrumentos de forma racional reconocible,¹⁶⁵ es, por lo tanto, el procedimiento justificativo en el cual se manifiesta típicamente el discurso de nivel retórico-persuasivo, y en el cual es menos intensa —o falta totalmente— la estructuración lógica.

Como puede verse del rápido análisis realizado hasta ahora, en el ámbito de la justificación de segundo grado se encuentran los tres niveles del discurso justificativo que distinguimos anteriormente. Ello no elimi-

na, por otra parte, la posibilidad de individuar una estructura racional, fundada en condiciones y correlaciones lógicas o cuasi-lógicas, que se extiende hasta abarcar casi la totalidad de la motivación.

De lo anterior se desprenden algunas consecuencias de orden general. La primera es que resulta necesaria una acepción amplia del concepto de justificación racional que comprenda no sólo los procedimientos de forma deductiva, sino también las inferencias inductivas y la lógica de los juicios de valor, además de los argumentos cuasi-lógicos característicos del razonamiento jurídico. En este aspecto, la justificación es racional en la medida en la que hace un uso correcto de los diversos argumentos justificativos posibles.

En segundo lugar, la teoría de la argumentación retórica resulta inadecuada como modelo de la motivación, precisamente en la medida en la que ésta se presenta estructurada de acuerdo con formas lógicas o cuasi-lógicas. Aquella tiene una función descriptiva estrictamente residual, en la medida en la que tiene que ver sólo con los sectores limitados del discurso justificativo en los que no es posible identificar una estructura racional. Contrariamente a la concepción difusa de la argumentación como justificación de los juicios de valor, el área de la justificación puramente persuasiva no coincide ni siquiera con la del discurso valorativo, sino que cubre solamente aquella parte del mismo en el cual la justificación consiste en la “reivindicación” de los valores.

En un perspectiva más general, resulta que la motivación no puede ser definida correctamente ni como una verdadera demostración, ni como una mera argumentación retórica. La definición más correcta es por lo tanto, la que se centra en el concepto de justificación racional, pero en su uso debemos tomar en cuenta que se trata de una discurso con una estructura abierta y de naturaleza heterogénea, en el cual entran diversos niveles de argumentación justificativa y diversas técnicas de argumentación.

f. Estilo y estructura de la motivación

El esquema que se ha descrito en sus líneas generales en los apartados anteriores no constituye una descripción del fenómeno constituido por la motivación, ello debido a que sobre su expresión concreta inciden factores ajenos a la estructura lógica del discurso justificativo, los cuales llegan a condicionar profundamente sus manifestaciones concretas. A causa

de dichos condicionamientos no existe probablemente un caso de motivación cuya estructura coincida exactamente con el esquema antes delineado, y ello, mientras que, por un lado, no excluye la validez de ese esquema, impone, sin embargo, la necesidad de hacer una breve referencia a las principales razones por las que es muy difícil que pueda verificarse en la práctica.

El problema ha sido abordado usualmente con referencia al estilo de las sentencias, pero sólo raramente este tipo de enfoque ha evidenciado elementos de alguna importancia bajo el aspecto que aquí nos interesa. La obra que ya es clásica sobre el tema,¹⁶⁶ por ejemplo, contiene una serie de minuciosos señalamientos lingüísticos, sintácticos y estilísticos (en sentido literario) sobre el modo en el cual se redactan las motivaciones en Francia, pero no individualiza los factores que han producido el “estilo francés”, y no proporciona un análisis de las relaciones entre estilo y estructura de la motivación.

El enfoque en clave estilístico ha demostrado ser más fructífero bajo el aspecto comparativo, en la medida en la que ha permitido la identificación de modelos estilísticos diferentes, propios de los órganos judiciales de diversos ordenamientos. También en estos casos, por otra parte, la investigación se limitó al señalamiento de los datos, y no llegó a proporcionar un análisis orgánico de las razones que los determinan.¹⁶⁷ El único resultado obtenido en ese sentido es que las diferencias entre los varios estilos pueden explicarse en línea de máxima teniendo en cuenta las diversas tradiciones jurídicas y culturales, del grado y de la función del órgano judicial, de las características sociales y culturales del juez, y así sucesivamente.¹⁶⁸

El estilo de la motivación se presenta, por lo tanto, condicionado por estos factores. Al contrario, sigue quedando poco clara la eficacia condicionante del estilo en concreto en relación con la estructura del discurso justificativo en las diversas situaciones concretas.

En efecto, es necesario subrayar que la misma noción de estilo de la motivación es ambigua. Por un lado ésta tiende a reducirse a una versión del concepto de estilo literario, aplicada a aquél particular género literario que está constituido por las motivaciones de las sentencias. En esta perspectiva surgen las peculiaridades lingüísticas y sintácticas de la motivación, que termina, sin embargo, por ser apreciada desde un punto de vista esencialmente estético.¹⁶⁹ Por otra parte, por estilo se entiende un

modelo de motivación definido por la presencia de algunas peculiaridades expresivas y argumentativas (brevedad/amplitud, claridad/confusión, precisión/imprecisión, y así sucesivamente), y dotado de una cierta continuidad y repetición en la praxis de un cierto ordenamiento o de un cierto órgano judicial.¹⁷⁰ La explicación del estilo consiste en este caso en la individualización de los factores que determinan sus características, y por lo tanto el modelo estilístico de la motivación está fijado por la formulación sintética y “tipificada” del modo de operar de esos elementos condicionantes. En consecuencia, la presencia de un cierto estilo puede ser el síntoma de la presencia de este o de aquel elemento como “causa” que incide sobre el comportamiento del juez que redacta la motivación.

Se puede hablar, sin embargo, de estilo de la motivación en un sentido diverso y más rico de significado, es decir, como un modo particular en el que se disponen los elementos estructurales fundamentales del discurso justificativo en la motivación individualmente considerada. En otras palabras, el estilo entendido de esta manera indica las modalidades particulares con las cuales el modelo de estructura (general) descrito en los apartados anteriores, se refleja en las manifestaciones concretas del fenómeno de la motivación (modalidades que pueden consistir en limitaciones, degeneraciones, distorsiones o particulares distribuciones o combinaciones de los niveles del discurso, y de las estructuras lógicas con base en las cuales se define el concepto general de justificación de la decisión). También el estilo entendido de esta manera es, evidentemente, el resultado de una serie de condicionamientos de naturaleza diversa que inciden en el juez. En particular, además de los factores de tradición cultural, de praxis, de estructura y función del órgano, a las características sociológicas y culturales inherentes a la personalidad de cada juez, esos condicionamientos revelan la estructura del ordenamiento y el tipo de juicio que cumple el órgano. Por ejemplo, es evidente que la motivación de las elecciones interpretativas tiende a ser lógico-sistemática en los ordenamientos de *civil law*, en donde el problema principal es el de individuar la *ratio decidendi* sobre la base de los precedentes.¹⁷¹ De manera análoga, la motivación tiende a ser más “jurídica” y formalista en los órganos jurisdiccionales ordinarios, en donde el problema es el de justificar la “correcta aplicación de la ley”, mientras que tiende a ser más “valorativa” en las cortes constitucionales, en donde se trata de justificar la afirmación de principios jurídico-políticos tomados de la *Grundnorm* del ordenamiento. La

ejemplificación podría continuar, e incluso se puede pensar que un análisis completo de la incidencia de los factores de este tipo sobre el comportamiento del juez, puede llegar a proporcionar una explicación satisfactoria de las peculiaridades que la motivación presenta en los diversos sistemas jurídicos en los diversos ordenamientos y en diversos momentos históricos.

Hay, sin embargo, en el ámbito del “estilo estructural” de la motivación, una serie de aspectos destinados a sustraerse de una explicación determinista de este tipo. Efectivamente, la naturaleza misma del estilo, y la función condicionante que el mismo juega sobre el modo en el cual se configura en concreto la motivación, no resultan del todo comprensibles si ésta es vista exclusivamente como el producto objetivo de un conjunto de causas externas. Viceversa, el estilo determina la estructura particular de las motivaciones en la medida en la que expresa e incorpora una ideología de la motivación,¹⁷² que a su vez está vinculada con una ideología del juicio y de la justicia en general.

Connotaciones de este tipo claramente están presentes, por ejemplo, en la contraposición entre el “estilo lógico” y el “estilo valorativo”,¹⁷³ y emergen con particular evidencia si el enfoque en clave estilística no se limita a la identificación de elementos lingüístico-literarios, sino que aborda la estructura del discurso con el cual el juez justifica la decisión. La asunción de una ideología de la motivación por parte del juez condiciona el estilo de la misma motivación, así como la adopción de un determinado modelo teórico del juicio se deriva de una toma de posición ideológica en relación con la naturaleza y la función jurídico-política del juicio. Así, por ejemplo, el estilo rigurosamente lógico-deductivo, en el cual la decisión es presentada como la conclusión necesaria e inevitable de determinadas premisas, y en el cual faltan la justificación dialéctica de las elecciones y la expresión de los juicios de valores de los cuales aquellas dependen, presupone claramente una concepción mecanicista del juicio, una metodología formalista de la interpretación y una visión de la motivación como instrumento de inducción de un consenso obligado sobre la decisión.

En el polo opuesto, una motivación que se funde en la expresión de juicios de valor puede remitir a una ideología evolutiva de la interpretación y a una imagen del juez como la figura que resuelve los conflictos socioeconómicos. La motivación, además, se configura como un medio para solicitar un control crítico sobre las elecciones efectuadas por el juez,

pero también, eventualmente, como instrumento retórico finalizado a suscitar un asentimiento emotivo sobre aquellas.

Es fácil observar, sin embargo, que una contraposición de este tipo es demasiado genérica y simplificadora para dar cuenta de las implicaciones y de los condicionamientos ideológicos inherentes al estilo de la motivación. En realidad, sería necesario hacer referencia a diversas variables estructurales, de cuya combinación nacen las líneas de fondo del estilo de la motivación individualmente considerada. Para no hacer referencia más que a las principales, basta recordar que la motivación responde a diversas finalidades ideológicas dependiendo de que: 1) exprese o no las elecciones discrecionales de las cuales deriva la motivación, o bien exprese algunas y no otras; 2) en particular, exprese los juicios de valor que justifican esas elecciones, o la asunción de los criterios según los cuales aquellas se realizaron; 3) utilice instrumentos justificativos meramente jurídico-formales, o bien haga uso de argumentos basado en elecciones de *policy*, en valoraciones de oportunidad y de justicia sustancial, etcétera; 4) siga el modelo de la argumentación “abierta” en el cual se combinan de diversa manera los diferentes niveles del discurso justificativo de acuerdo con una relación dialéctica; 5) prevalezca la justificación lógica o cuasi-lógica, o la argumentación retórico-persuasiva.

Puede ser que no todas las posibles combinaciones de esos factores expresen con la misma claridad connotaciones inherentes a una ideología particular de la motivación, pero alguna de ellas son indudablemente significativas bajo este aspecto. Por ejemplo, de ese tipo es la motivación apodíctica y burocrática, en la cual no están expresadas las elecciones del juez, sino que las premisas de la decisión son presentadas como autoevidentes;¹⁷⁴ en la cual no están expresadas, y por lo tanto no están justificadas, las valoraciones metajurídicas; en la cuales no están referidos los criterios de inferencia con base en los cuales los hechos se consideran probados; y en la cual, finalmente, prevalece la técnica de la argumentación cerrada y lógicamente obligatoria.¹⁷⁵ Al contrario, también es significativa la motivación crítica y personalizada, en la cual las premisas de hecho y de derecho de la decisión son expresadas como el resultado de elecciones que vierten sobre la alternativa más atendible y más justa; en las que están expresados y justificados racionalmente los juicios de valor; en la cual están enunciados y motivados los criterios jurídicos, cognoscitivos y valorativos que fundan las elecciones realiza-

das por el juez; y en la cual, finalmente, prevalece el modelo de la argumentación “abierta” constituido por argumentos de oportunidad y de justicia.¹⁷⁶ Además, asumiendo que el juez exprese elecciones metajurídicas, se tiene un diferente acento ideológico de la motivación dependiendo de que aquellas estén o no justificadas, o bien estén justificadas con referencia a los principios del ordenamiento, a finalidades ético-políticas o económicas de orden general, o a las exigencias de tutela surgidas de los intereses concretos e individuales involucrados en la controversia concreta.¹⁷⁷

En el espectro de todas estas variables inciden, como es fácil constatar, diversas ideologías que se reflejan en el modo concreto de plantearse frente a la motivación: la ideología autoritaria y burocrática de la justicia tiende a desestimar los elementos justificativos que son incompatibles con la imagen de la sentencia como *Staatsakt*, y a exaltar los factores de formalismo lógico y jurídico;¹⁷⁸ la ideología según la cual la motivación no tiene como destinataria a la opinión pública, sino a la clase de los juristas o solamente al juez de la causa, tiende a privilegiar el momento jurídico frente al momento fáctico o valorativo; la ideología del juez *spot-machine* al servicio de la aplicación mecánica de una ley “cierta”¹⁷⁹ tiende a privilegiar los momentos automáticos y formalmente necesarios, frente a aquellos en los que resulta determinante la elección discrecional, valorativa y equitativa.

La ejemplificación podría seguir, pero las pocas referencias apenas mencionadas parecen ser suficientes para mostrar cómo las opciones ideológicas relativas a los diversos aspectos del juicio juegan un papel esencial en función de los elementos condicionantes del estilo de la motivación. Por otra parte, aquellas tienden a privilegiar nociones particulares de racionalidad de la justificación, en perjuicio de otras, y el estilo de la motivación juega en el sentido de adecuarla a dichas nociones. Así, por ejemplo, la idea de racionalidad como lógica silogística se funda sobre la ideología que está en la base del formalismo positivista, y el estilo de las sentencias “deductivas” se presenta como el momento en el cual el vínculo entre dicha ideología y la idea de racionalidad que la misma produce, se concretiza en el contexto de la motivación.

No es casual que, en el momento en el cual se presentan y se precisan nuevas exigencias en relación con la motivación, éstas arremeten contra un modelo, o un estilo, caracterizado por implicaciones ideológicas im-

portantes, y terminan por plantearse en un conflicto abierto con dichas implicaciones. En esa situación se coloca claramente la afirmación, cada vez más frecuente en la doctrina del *common law*, de la necesidad de que las decisiones estén justificadas por *principled opinions*.¹⁸⁰ En la base de esa afirmación se encuentra la reacción en contra de la praxis de motivaciones ficticiamente neutrales frente a las elecciones de *policy* que, en cambio, condicionan de hecho a la decisión. Por el contrario, de la constatación de la relevancia decisiva de elecciones de este tipo, se deduce la exigencia de que éstas estén expresadas en la motivación, de manera que puedan tener un control crítico externo, y sean justificadas racionalmente con base en los principios, en los valores y en los ordenamientos de fondo de los cuales derivan. Se considera indispensable, pues, que el juez racionalice expresamente sus propias decisiones de “política del derecho”, ya sea porque ello representa una garantía intrínseca contra el arbitrio de dichas decisiones,¹⁸¹ como porque se trata del único instrumento que permite un control crítico y democrático sobre su justicia sustancial y sobre su coherencia con los valores sociales, éticos y políticos del ambiente en el cual trabaja el juez.¹⁸² Es evidente que de esa manera se pone en crisis al concepto limitativo de racionalidad de la motivación como mera lógica jurídico-formal; en efecto, si es necesaria una *principled opinion* que de cuenta especialmente de las elecciones de *policy*, el concepto de racionalidad debe extenderse necesariamente hasta comprender la justificación racional de los juicios de valor y la *vindication* de la asunción de los valores sobre los cuales éstos se fundan.

En una perspectiva análoga se coloca quien, aun partiendo de la imposibilidad de una racionalidad absoluta, afirma que es típica del estado democrático la exigencia de la máxima racionalidad de la jurisprudencia, equivalente a la de *maximale Diskutierbarkeit* de las sentencias.¹⁸³ Ello implica, por lo que tiene que ver con la motivación, a un principio que se puede definir como de plenitud de la justificación. Dicho principio no significa otra cosa más que la motivación debe expresar adecuadamente las “razones reales” de la decisión, debido a que ello no forma parte, como se ha dicho muchas veces, de la función ni de las posibilidades de la motivación. Ello evidencia, al contrario, la exigencia de que sean expresos, y justificados, los elementos con base en los cuales la decisión debe ser racionalizada, eliminando el método de las aserciones apodícticas y de las argumentaciones formalistas. En particular, se trata de la exigencia

de que sean expresadas y justificadas racionalmente las elecciones de valor de las que depende la decisión, dado que, a falta de ello, ésta no puede definirse como racional. Racionalidad de la motivación significa entonces que ésta debe dar cuenta de los juicios de valor implícitos en el discurso del juez, de manera tal que éstos resulten fundados en sí mismos y discutibles desde el exterior.¹⁸⁴ Justamente se observa al respecto que la motivación es racional no en la medida en la que elimina o disimula las elecciones valorativas, sino en tanto que las expresa y las justifica.¹⁸⁵

La enunciación de exigencias de este tipo hasta ahora ha sido realizada con referencia preeminente a la motivación de las sentencias de las cortes constitucionales, lo que resulta comprensible en la medida en la que la decisión de cuestiones de constitucionalidad resulta vinculada más intensamente con elecciones relativas a “principios” o a valores. A este nivel, el problema tiene que ver directamente con la praxis de la Corte italiana,¹⁸⁶ en la cual es notorio que el principio colegial de la motivación opera justamente en el sentido de deprimir la relevancia que en la motivación asumen las elecciones políticas de fondo.¹⁸⁷ Por otra parte, el análisis que hemos realizado anteriormente sobre la dinámica del juicio y sobre el modelo estructural de su justificación, ha mostrado cómo las elecciones valorativas del juez tienen una relevancia decisiva en todas las fases del juicio, y cómo su justificación es un componente necesario de la motivación. En consecuencia, las exigencias que estamos examinando subsisten a propósito de las decisiones de los jueces ordinarios, de la misma manera en que ocurre con las decisiones de los órganos de justicia constitucional. Por otra parte, al menos por lo que respecta a la situación italiana, el efecto coartador y reductor de la ideología silogística de la motivación ha tenido, y tiene todavía, una mayor difusión e intensidad, y por lo tanto una mayor eficacia condicionante en el plano de la “política de la jurisprudencia”, justa en la praxis de la motivación en los órganos de justicia ordinaria.

g. Pluralidad de rationes decidendi y obiter dicta

Además de los factores condicionantes a los que hemos hecho referencia en el apartado anterior, otros fenómenos intervienen para producir, en la praxis de la motivación, modificaciones relevantes respecto del modelo estructural del discurso justificativo. Sin proceder a un examen analítico de los mismos, vale la pena poner en evidencia algunas razones

que, por un lado, permiten que frecuentemente sólo una parte de la estructura justificativa constituida por dicho modelo se encuentre incluida en la motivación, y otras razones que, por otro lado, permiten que la forma de la motivación sea más articulada y más compleja respecto de las líneas maestras de dicha estructura.

Bajo el primer aspecto, emergen razones teóricas y delimitaciones de fuente normativa. Desde el punto de vista teórico, cada aserción del juez es susceptible de justificación mediante argumentos que remiten a otras aserciones, que también, a su vez, pueden ser justificadas del mismo modo. Se abre así la posibilidad de un *regressus ad infinitum* a lo largo de cadenas (potencialmente) ilimitadas de momentos justificativos (eventualmente planteados sobre una pluralidad de planos metajustificativos, en particular cuando se trata de una justificación extralegal),¹⁸⁸ claramente incompatible con la necesidad práctica de que la motivación esté expresada en un discurso “finito” en la forma y limitado en el contenido. De lo anterior se desprende un problema de elección para el juez que redacta la motivación: se trata de establecer cuáles aserciones deben ser justificadas expresamente, y hasta qué punto puede ser explicitada la cadena de argumentaciones que pueden constituir la justificación en abstracto. Por otra parte, la ley italiana no prescribe de ninguna manera la motivación “total”, sino que recomienda la “concisa” exposición de los motivos (artículo 132, n. 4, Código de Procedimientos Civiles). Ello equivale a decir que la motivación expresa es necesaria únicamente cuando debe justificarse analíticamente un determinado enunciado, y sólo en medida en la que la argumentación resulta suficiente para ese motivo. En línea de máxima, se desprende la posibilidad de que sectores amplios del esquema general antes descrito no se reproduzca en todos los casos concretos; puede ocurrir, por ejemplo, que la interpretación de una norma no exija una justificación articulada, si está fundada por una jurisprudencia consolidada, o que la elección de una máxima de experiencia no deba ser motivada, si es evidente el fundamento que la misma encuentra en el patrimonio de conocimientos del sentido común. En este aspecto, la argumentación tópica puede servir para delimitar el campo de la justificación, haciendo innecesaria su necesidad de cara a los enunciados sobre los cuales hay un contexto bastante amplio y seguro en la *communis opinio* general o jurídica.

Es evidente, por otra parte, que mientras se trate de exigencias fundadas de manera indudable, no es posible formular reglas generales (que no

sean meramente genéricas) en torno a la “necesidad” y a la “suficiencia” de la motivación sobre los diversos enunciados de hecho y de derecho en los que consiste la decisión. Por ejemplo, la afirmación recurrente según la que es necesaria una justificación específica cada vez que una aserción se aparte de la opinión prevaleciente, expresa solamente una sugerencia genérica, que, además, le da un peso excesivo al valor de la opinión prevaleciente.

La consecuencia es que la interpretación de esas exigencias está totalmente remitida a la valoración discrecional del juez (y eventualmente al órgano de casación que juega un papel de control sobre la motivación). Es entonces cuando, en este nivel, se manifiesta la eficacia condicionante de los factores culturales e ideológicos a los que hemos hecho referencia en el apartado anterior, en la medida en la que son precisamente esos factores los que proporcionan el marco de referencia respecto al cual es posible, en cada caso, establecer en qué consiste el requisito de necesidad de la motivación y cuáles son las condiciones que se necesitan para que ésta pueda considerarse como suficiente. Por ejemplo, la ideología de la motivación “lógica” puede traducirse en una postura que no considera necesaria la enunciación y la justificación de las elecciones valorativas, y considera suficiente la justificación que no tome en cuenta los factores valorativos intrínsecos en las elecciones interpretativas o cognoscitivas. Vale la pena, sin embargo, subrayar que no se presentan solamente condicionamientos de este tipo; al contrario, es más frecuente la hipótesis en la cual son los principios jurídicos (o los que son considerados como tales) los que delimitan, tal vez indebidamente, el campo de la justificación. Al respecto, vale como ejemplo la regla según la cual *in claris non fit interpretatio*, que puede servir para considerar como superflua la justificación de una elección interpretativa realizada sobre una norma cuyo significado no puede ser, de ninguna manera, “claro”.¹⁸⁹ La licitud, justificada en muchos casos, de la así llamada motivación implícita, y el principio según el cual el juez no está obligado a exponer los “motivos de los motivos”, son dos ejemplos que concretizan una fuerte delimitación de los conceptos de necesidad y de suficiencia de la motivación, y terminan por avalar una praxis en la cual no solo el modelo del discurso justificativo no se traduce integralmente en concreto, sino que quedan dudas respecto a si quedan satisfechas las exigencias mínimas de idoneidad y de racionalidad de la motivación.

Es legítimo considerar que una influencia notable sobre la configuración concreta de fenómenos de este tipo sea producida por el modo en el

cual el juez (y la jurisprudencia en general) concibe esa particular entidad que puede definirse como “destinatario ideal” de la motivación.¹⁹⁰ Las delimitaciones del discurso justificativo tienden, en efecto, a plantearse de manera diversa dependiendo de si éste está dirigido primariamente a las partes, a la clase de los juristas o a la opinión pública en general.¹⁹¹ En el primer caso, es más probable que sea considerada necesaria y suficiente la motivación inherente a la determinación de los términos de la demanda y a la declaración de las consecuencias jurídicas concretas, así como a la solución de las cuestiones sobre las que se centró de manera principal la deliberación procesal.¹⁹² En el segundo caso, tienden a prevalecer, evidentemente, la *quaestio iuris*, y un tipo de interpretación dogmática, constructivista y conceptualista, dirigida en particular a fundar la dignidad y la autoridad de la decisión desde un plano jurídico-científico.¹⁹³ En el tercer caso, finalmente, es más probable que se considere necesaria la justificación expresada por las elecciones de fondo de naturaleza ético-política, que involucren los valores del ambiente social y que, por lo tanto, prevalezca, o al menos esté presente, el aspecto valorativo de la motivación.¹⁹⁴ Dependiendo de que prevalezca una u otra de las posturas mencionadas, se puede verificar una particular acentuación de algunos aspectos y de algunos sectores de la estructura justificativa, pero se puede verificar también la exclusión o la delimitación acentuada de aquellos sectores del discurso cuya específica función está vinculada a un destinatario particular de la motivación que el juez no considera relevante.

A los mismos factores que ahora hemos hecho referencia para explicar algunas formas de reducción de la estructura de la motivación en la praxis, es posible hacer referencia también para explicar algunos fenómenos de complicación de discurso justificativo respecto a las líneas esenciales de dicha estructura. Con el término “complicación” de la justificación nos referimos a la presencia de varias argumentaciones justificativas concurrentes que están encaminadas a fundamentar un mismo enunciado (hipótesis que representa un caso particular, si bien especialmente relevante, vista la pluralidad de *rationes decidendi* relativas a la misma decisión),¹⁹⁵ y a la presencia de aserciones que constituyen *obiter dicta* en el contexto de la motivación.¹⁹⁶

Por lo que hace a la pluralidad de argumentaciones justificativas concurrentes,¹⁹⁷ es oportuno examinar tres hipótesis de manera separada. La primera se verifica cuando la misma aserción está justificada mediante

varias argumentaciones, cada una de las cuales sería de por sí idónea para justificar esa aserción.¹⁹⁸ En ese caso, pues resulta imposible establecer cuál de esas argumentaciones constituye la justificación “verdadera”, y cuál es agregada solamente *obiter o ad pompam*. Por otra parte, ninguna de esas argumentaciones puede ser definida propiamente como un *obiter dictum*, precisamente en la medida en la que cada una de ellas constituye una justificación válida y suficiente. Puede ocurrir que el fenómeno se deba simplemente a la exigencia de responder a las diversas argumentaciones asumidas por las partes (que en tal caso son consideradas como los destinatarios principales de la motivación). Ocurre también con frecuencia que la pluralidad de justificaciones se deba a la exigencia de garantizar la coherencia sistemática de la decisión respecto a varias normas, o bien respecto a los principios constitucionales además que respecto a las normas ordinarias.¹⁹⁹ Además puede suceder que algunas argumentaciones tengan que ver con la justificación valorativa de la decisión, que es presentada como “justa” y “oportuna”. En esos casos, asume relevancia el destinatario, sea el “jurista” o la “opinión pública”, junto al que está representado por las partes, en la medida en que las diversas argumentaciones tienden a fundar la decisión siguiendo los perfiles que pueden ser considerados como típicos de esos sujetos ideales.²⁰⁰ En todo caso, se trata de argumentaciones válidas o suficientes bajo el aspecto justificativo, pero usadas de manera persuasiva,²⁰¹ precisamente en la medida en la que su pluralidad no es necesaria. Emerge, por lo tanto, un aspecto en el cual la motivación representa, además de, para decirlo de alguna manera, un exceso de justificación, la autoapología del juez frente a destinatarios en relación con los cuales asume la responsabilidad de la decisión.

Consideración que en gran parte son análogas valen para la segunda hipótesis, en la cual a una o más justificaciones suficientes se agregan otras que, tomadas en sí mismas, no serían idóneas para fundar la aserción a la que se refieren. En particular, estas últimas entran en la noción de *obiter dictum*, en la medida en la que no son necesarias ni suficientes para proporcionar una justificación de esa aserción. Precisamente por esta razón, en efecto, esas justificaciones se pueden distinguir de la justificación *stricto sensu*, y se revelan como argumentaciones usadas en una función exclusivamente persuasiva²⁰² en relación con destinatarios determinados. Mientras en la primera de las hipótesis consideradas la pluralidad de justificaciones juega una función persuasiva en el contexto de

la motivación, pero consta de argumentaciones que no son meramente persuasivas, en esta segunda hipótesis se tiene una función persuasiva desarrollada por argumentaciones que, en sí, son solamente persuasivas, mientras que la función justificativa está desarrollada solo por una o por algunas argumentaciones válidas y suficientes bajo esa perspectiva.

La tercera hipótesis de motivación compleja la representa el caso en el cual a una aserción se refieren varias argumentaciones, ninguna de las cuales es, de por sí, idónea para constituir una justificación en plena forma. Se trata, pues, de la acumulación de argumentos de naturaleza meramente persuasiva.²⁰³

A su vez, ni siquiera la noción de *obiter dictum* se presenta como dotada de un significado unitario.²⁰⁴ Por un lado, como hemos visto, también argumentaciones válidas y suficientes bajo el aspecto justificativo pueden ser usadas *obiter*, y existen argumentaciones que constituyen verdaderos *obiter dicta* ya sea por la función que juegan en el contexto de la motivación, como porque tienen una naturaleza meramente persuasiva. Por otro lado, el concepto de *obiter dictum* en sentido estricto se refiere específicamente a enunciaciones que el juez realiza por fuera de la estructura justificativa del discurso. Se trata frecuentemente de afirmaciones de principio, de discusiones teóricas, de la confutación de eventuales objeciones, de la remisión a normas, principios jurídicos (no directamente aplicados en la decisión) o a reglas éticas y de sentido común, que tienen en común el hecho de no estar insertos funcionalmente dentro de una argumentación directamente dirigida a justificar una aserción o decisión específica.²⁰⁵ Independientemente de la validez de la justificación racional contenida en la motivación, o incluso de la misma existencia de dicha justificación, el *obiter dictum* sirve para colocar la decisión, o algunos de los enunciados en los cuales aquella se expresa, en un determinado orden de ideas, de principios y de valores, sobre los cuales se presupone la existencia del acuerdo de aquellos a quienes está dirigida la motivación. Ello explica, por lo tanto, la doble función típica del elemento retórico del discurso: se trata, pues, de mostrar cómo los contenidos del discurso son coherentes o, al menos, compatibles con los valores del destinatario, y de suscitar por esta misma vía, el asentimiento de dicho destinatario respecto de las elecciones que se enuncian en el discurso.

Habiendo definido la función persuasiva que *obiter dicta* y la pluralidad de *rationes decidendi* juegan en el contexto justificativo de la motiva-

ción, queda por aclarar que la importancia de estos factores varía en relación a la situación jurídico-política en la cual se coloca en cada ocasión el discurso del juez, y a la posición que el juez asume frente a los componentes valorativos de la decisión que debe justificar. No es posible elaborar en este espacio un cuadro orgánico de las variables que inciden en ese sentido, pero puede ser útil la referencia a dos situaciones-tipo, en las cuales aquellas se manifiestan con una evidencia particular.

La primera de esas hipótesis está representada por la motivación que puede decirse “de rutina”, en la cual el juez, debiendo justificar una decisión que se adecua en su contenido a las opiniones prevalecientes, por ejemplo en la doctrina y en la jurisprudencia, tiene a su disposición un repertorio de “lugares comunes” jurídicos prefabricados, o de “autoridades” consolidadas, de las cuales se pueden deducir de manera sencilla las premisas para una justificación aceptable de la decisión. En una situación de este tipo, insertar en la motivación algunos de los factores persuasivos antes descritos, no es necesario ni siquiera para el fin de colocar la decisión en el contexto de los principios vigentes en el ámbito social. Cuando esos factores están presentes, se presentan, en cada ocasión como ejercicios realizados *ad pompam* o como una inútil superposición de argumentos banales y descontados. En el fondo, entre más es conformista la decisión, en el sentido de que recoge valores y principios muy difundidos (en particular entre aquellos que el juez considera como destinatarios de la motivación), menos se tiene la necesidad de persuadir de la bondad y la justicia de los presupuestos sobre los cuales el juez funda la decisión. Se verifica entonces la condición ideal para la praxis de las motivaciones “lógicas” o “deductivas”, en las cuales el juez evita confrontar expresamente los aspectos valorativos de dichos presupuestos que, por otra parte, ya están resueltos y determinados en el mismo repertorio de puntos de vista del cual ha tomado sus propios argumentos justificativos.

La segunda situación típica, en muchos aspectos opuesta a la primera, es aquella en la cual el juez tiene que justificar una decisión “de ruptura”, o que, de alguna manera, se aparta de los lugares comunes preconstituídos. En ese caso, mientras que, por un lado, resulta imposible recurrir a los principios y a las autoridades consolidadas, que, por el contrario, se intentan refutar, se plantea por el otro la necesidad de evidenciar los diversos juicios de valor que subyacen a la decisión. De manera más precisa, se trata de afirmar valores contrastantes con la *communis*

opinio social y jurídica, y que, sin embargo, el juez asume como reglas de juicio y de justificación del juicio. Queda claro, a partir de lo expuesto en los apartados anteriores, que en este caso la lógica en general y la lógica jurídica en particular, pueden jugar un papel muy limitado o, incluso, irrelevante. Por otra parte, en la medida en la que los valores en cuestión, precisamente por el hecho de que se trata de elecciones “de ruptura”, no están organizados en sistemas o jerarquías, el espacio para convalidar el juicio de valor con base en otros valores conexos es muy restringido. Viceversa, resulta particularmente amplio el ámbito de la reivindicación del valor sobre el que el juez funda sus propias elecciones, y por lo tanto asume una gran relevancia el factor persuasivo de la argumentación justificativa. En otros términos, en la medida en la que la motivación retome menos los valores y los principios más difundidos, mayor será la necesidad de que sea persuasiva respecto a la justicia de los diversos presupuestos de los que se deriva la decisión.

Entonces, no solo los *obiter dicta* y la superposición de *rationes decidendi* ya no pueden considerarse como un elemento accesorio y, al límite, superfluo de la argumentación, sino que, por el contrario, se configuran como elementos-clave de la motivación “valorativa”. En efecto, cuando se trata de fundar la aceptabilidad del valor del cual el juez ha hecho derivar el criterio de juicio, el cúmulo de argumentos, y la mayor “fuerza” persuasiva que el mismo produce, se vuelven un requisito prácticamente indispensable de la motivación.²⁰⁶

Por lo tanto, sobre el modo de manifestarse de estos fenómenos en la praxis, incide una variable fundamental que está constituida por el modo en el que el juez se plantea frente al sistema de valores “vigente” en el ámbito social y jurídico en el cual él opera concretamente, es decir, la ideología del juez. Ello equivale a decir, en esencia, que también la praxis de la motivación está determinada, en un nivel más general, por el papel político que el juez juega de hecho, y que puede variar en los diversos ordenamientos y en sus diversas fases históricas. En este aspecto, lo que es especialmente relevante con referencia a los valores del juez no es la racionalidad “estructural” de la motivación, que también constituye un requisito indispensable, sino más bien la racionalidad de los contenidos, que implica la coincidencia de los valores asumidos por el juez con los de la clase social con la cual el mismo juez tiende a identificarse.

NOTAS

¹ Dichas características de homogeneidad, unitariedad y totalidad, postulan para ser definitivas de cualquier forma, la existencia de un "razonamiento específicamente jurídico" al cual deberían ser atribuidas; viceversa, resulta fundada la tendencia (en relación con la cual véase TARELLO, "I ragionamenti dei giuristi tra teoria logica e teoria dell'argomentazione", en *id.*, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, p. 432) que niega dicha premisa y pone en evidencia la heterogeneidad de las operaciones en las cuales se articula el pensamiento del juez.

² El sofisma debe ser evitado, pero no parece ser suficiente señalar el equívoco lógico que el mismo contiene para discernir la "peligrosidad social" del irracionalismo jurídico (así, al contrario, por lo que resulta, TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 469 y ss.), que existe a pesar de sus insuficiencias lógicas (o tal vez, precisamente en virtud de ellas). Los intentos por individuar la estructura racional del juicio no son superfluos sólo porque el irracionalismo parte de premisas lógicamente incorrectas: aquellos responden tanto a exigencias cognoscitivas, como a la exigencia práctica (o, si se quiere ideológica) de fundar un modelo del juicio racional. Bajo este aspecto la *actio finium regundorum* de quien delimita el campo teórico de la lógica (como por ejemplo, TARELLO, *ibidem*) es correcta y necesaria, pero corre el riesgo de ser escasamente eficaz por exceso de neutralidad bajo el aspecto ideológico.

³ El término "modelo" es entendido aquí, primariamente, en el significado de "esquema representativo de un fenómeno en forma reducida", pero no resulta extraño un significado diverso, el cual se deriva del intento de delinear el "tipo ejemplar" del razonamiento del juez (sobre las dos definiciones del concepto, *cfr.* ROBILANT, *Modelli nella filosofia del diritto*, Bologna, 1968, pp. 67 y ss., 73 y ss.).

⁴ Ello es válido, en particular, cuando se trata del uso de formas lógicas determinadas, de las cuales están definidas también las condiciones de validez. Condiciones de uso de orden lógico, aunque menos rigurosas, subsisten por otra parte, también en relación con los argumentos así llamados cuasilógicos, como el argumento por analogía, *a contrario*, *a fortiori*, y así sucesivamente (sobre lo cual, véase TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 426 y ss., además de otras indicaciones adicionales). Por otra parte, también a propósito de las argumentaciones que son típicamente más retóricas, se ha hablado de condiciones mínimas de validez o al menos de posibilidad lógica (*cfr.* STONE, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, Stanford, California, 1964, pp. 329 y ss.; en un orden de ideas análogo, *cfr.* también WEINBERGER, "Topik und Plausibilitätsargumentation", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n. 59, 1973, pp. 32 y ss.).

⁵ La analogía entre el razonamiento del juez y otros tipos de procedimientos discursivos y justificativos está, por ejemplo, en la base de la concepción de la lógica como "jurisprudencia generalizada", propuesta por TOULMIN, *The uses of argument*, Cambridge, 1958, pp. 7 y ss. y *passim*. Sobre las identidades y los intercambios entre los tipos de argumentos más frecuentes en el razonamiento jurídico y los argumentos propios de otros campos, véase además TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 437 y ss.

⁶ Sobre el tema *cfr.* HOROVITZ, *Law and Logic*, Viena-Nueva York, 1972, pp. 6 y ss.; JØRGENSEN, "Argumentation and Decision", en *Festkr. Til Alf Ross*, København, 1969, p. 278; DEWEY, "Logical Method and the Law", en *Cornell Law Quarterly*, n. 10, 1924, p. 24; WRÓBLEWSKI, "Il modello teorico dell'applicazione della legge", trad. it. en *Rivista*

internazionale di filosofia del diritto, 1967, p. 24; AOMI, "The Regulative Function of Logic in Legal Decisions", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n. 59, 1973, p. 194.

⁷ Cfr. WRÓBLEWSKI, *op. ult. cit.*, nota 6, pp. 22 y ss.

⁸ En ese sentido, ESSER, *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil*, cit., p. 15.

⁹ Cfr. HOROVITZ, *op. ult. cit.*, p. 128.

¹⁰ Sobre la noción de estructura (lingüística) como relación contextual de términos distintos cfr. GREIMAS, *Semantica strutturale*, trad. it., Milán, 1968, p. 22.

¹¹ Para una valoración crítica de dicha contraposición, bajo el perfil de la unilateralidad y de los componentes ideológicos de sus términos, cfr. TARELLO, "Il 'problema dell'interpretazione': una formulazione ambigua", en *id.*, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bolonia, 1974, pp. 389 y ss.

¹² Sobre el surgimiento del concepto de elección como momento fundamental de la interpretación/aplicación de la ley cfr., para la cultura jurídica italiana, el panorama general delineado por TARELLO, "Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete", en *id.*, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, cit., nota 11, p. 496. De manera análoga, por lo que tiene que ver con la cultura jurídica alemana cfr. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 2ª ed., 1969, pp. 126 y ss., 228 y ss., y más específicamente ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1970, pp. 43 y ss. y *passim*. Para la doctrina de habla inglesa, en el mismo sentido, cfr. GOTTLIEB, *The Logic of Choice*, cit. La premisa necesaria de la aplicación de concepto de elección al razonamiento jurídico está constituida, por otra parte, por la individuación de la "forma alternativa" de dicho razonamiento, sobre lo cual, véase en general RÖDIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1969.

¹³ Dicho vínculo no consiste en la existencia de relaciones que vuelvan necesaria una determinada solución vistas ciertas premisas, y ello excluye que el contexto de elecciones de las cuales se habla en el texto pueda ser interpretado a partir de un sistema deductivo rígido. Aquél tiene que ver, más bien con la necesidad de que sea respetada una condición mínima de compatibilidad entre los diversos juicios (elecciones, decisiones) que entran en el razonamiento del juez. En esencia sucede que no haya contradicción entre las aserciones sobre las que el mismo vierte, y que son en cada caso el fruto de una elección que representa su *prius* lógico (por ejemplo, si el juez a un cierto punto excluye la existencia de un hecho, no puede decidir después como si el mismo fuera cierto; si excluye una cierta interpretación de una norma no puede hacer uso de ella luego, y así sucesivamente). El requisito de la compatibilidad no agota la racionalidad del razonamiento, pero es cierto que si el mismo comprende elecciones que son incompatibles entre sí, no puede ser calificado como racional. Sobre el tema, véase de manera más amplia *infra*, cap. V, § 2, inciso e) y § 3.

¹⁴ En general, sobre el concepto de *rule of guidance* cfr. GOTTLIEB, *op. cit.*, nota 12, pp. 71 y ss., 159. Sobre el concepto análogo de "directriz" aplicado a las elecciones interpretativas cfr. en particular WRÓBLEWSKI, "L'interprétation en droit: théorie et idéologie", en *Archives de philosophie du droit*, 1972, pp. 60 y ss.

¹⁵ Cfr. WRÓBLEWSKI, *op. ult. cit.*, nota 14, p. 66.

¹⁶ La decisión que vierte sobre el criterio por asumir como regla de juicio en una elección sucesiva (por ejemplo, la asunción de una cierta interpretación de la norma aplicable al caso), genera sobre dicha elección una eficacia de "implicación" que se superpone al nexo de mera compatibilidad al cual nos hemos referido en la nota 13. Dicha

▪ La estructura racional del juicio y de la motivación ▪

decisión no sirve solamente, en efecto, para delimitar el problema dentro del cual se coloca la elección sucesiva, sino que está encaminada a establecer el modo con el que ésta debe ser realizada y, por lo tanto, la predetermina desde el punto de vista lógico. Decisiones de este tipo son, por lo tanto, particularmente relevantes dentro del razonamiento del juez, en buena medida también porque representan el lugar típico en el que se manifiesta la ideología del juez (cfr. WRÓBLEWSKI, *op. ult. cit.*, nota 14, pp. 63 y ss.).

¹⁷ Se entiende por definición que se refiere al “contenido” de racionalidad de la elección toda definición que no vierta exclusivamente sobre la validez lógica de las operaciones con las cuales se realiza la elección, sino que nazca de la confrontación con valores o actitudes externos a los términos de la elección misma, y que son asumidos a priori como racionales (véase *infra*, § 2, inciso f). Desde este punto de vista, una elección puede ser racional o irracional independientemente del hecho de que sea “buena” o “justa” en relación con los valores asumidos por el observador, a condición de que sea coherente con los criterios adoptados por quien realiza esa función (la conclusión contraria deriva, al revés, de la asunción integral de la definición proporcionada por PERELMAN, sobre el cual véase *supra*, cap. IV, § 3, según la cual racionalidad significa coincidencia con los valores del auditorio).

¹⁸ Planteada la distinción entre motivos expresos y razones reales de la decisión, no es posible definir a la motivación como racionalización de los factores sobre los cuales el juez se fundó concretamente para decidir. De manera análoga debe excluirse que la estructura racional de la motivación sea un homólogo de la estructura del razonamiento decisorio. La expresión “decisión racional” tiene pues dos significados: una tiene que ver con la decisión en cuanto resultado de un procedimiento racional (cfr. en ese sentido ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit. nota 12), el otro tiene que ver con la decisión que se presente como racional en la medida en la que esté sostenida por una justificación racional (en este sentido cfr. por ejemplo SHUMAN, *op. cit.*, p. 717; WASSERSTROM, *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford, 1961, pp. 25 y ss.).

¹⁹ Sobre la validez del enfoque teórico del problema de la decisión, y sobre la necesidad de distinguirlo del enfoque psicológico cfr. en general, WRÓBLEWSKI, *Il modello teorico dell'applicazione della legge*, cit., nota 6, pp. 21 y ss.

²⁰ En sentido crítico en relación con esta posición, que es característica de las doctrinas “realistas” cfr. por ejemplo, JØRGENSEN, *Argumentation and Decision*, cit., nota 6, pp. 264 y ss.

²¹ Cfr. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit. nota 12, pp. 27 y ss., 43 y ss. Por brevedad no son tomadas en consideración otras dos situaciones típicas que tienen que ver con la individuación de la norma aplicable: la de la así llamada “isomorfia”, en la cual no hay problema de elección de la norma, porque hay una sola norma claramente aplicable (al respecto cfr. analíticamente MAKKONEN, *Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine Strukturanalytische Studie*, trad. Ted., Turku, 1965, pp. 84 y ss., 175 y ss.), y aquella en la que existe una laguna, es decir, no hay ninguna norma aplicable al caso (sobre la cual véase también, MAKKONEN, *op. cit.*, pp. 122 y ss., 184 y ss.). Por las mismas razones es descuidado el problema inherente a la individuación de una norma “válida” en el ordenamiento (al respecto véase en el sentido de nuestro análisis, WRÓBLEWSKI, *op. ult. cit.*, p. 13).

²² El problema de si es la determinación de la situación de hechos concreta la que condiciona la elección de la norma, o si ocurre lo contrario, se resuelve en un círculo vicioso si se plantea de una manera estática y en términos absolutos, pero ello no ocurre

si la relación entre los dos términos es vista como una interacción dialéctica. *cfr.* ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 2ª ed., 1960, p. 15.

²³ Surge al respecto la función de la *Konstruktion* jurídica como un instrumento *begrifflich-inventorisch* (sobre el cual véase ESSER, *op. ult. cit.*, pp. 209 y ss.), que es idóneo, en particular, para la elaboración de situaciones legales complejas y para el análisis sistemático de las relaciones entre normas. Sobre la distinción entre construcción como elaboración de conceptos o de instituciones, y construcción como subsunción, véase LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Turín, 1965, pp. 15 y ss., 133 y ss., 201 y ss.

²⁴ La contraposición entre método sistemático y método tópico es justamente considerada como del todo irrealista (*cfr.* KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlín, 1967, pp. 50, 114 y ss.; ESSER, *op. ult. cit.*, p. 153); ello permite individuar una función específica y complementaria de los dos métodos en el ámbito del razonamiento del juez.

²⁵ Sobre la influencia que sobre la elección de las *ratio decidendi* ejercen diversos factores en el curso del proceso, entre los cuales en particular la precisión de las exigencias de tutela que la sentencia debe satisfacer, *cfr.* HOPKINS, "The Formation of Rules: A Preliminary Theory of Decision", en *Brooklyn Law Review*, 1969, pp. 165 y ss.

²⁶ Se ha individuado al respecto un tipo particular de razonamiento denominado "zetético", que es propio de la deliberación razonable y de la identificación de los términos sobre los cuales ésta vierte; *cfr.* TAMMELO, "Logic as an Instrument of Legal Reasoning", en *Jurimetrics Journal*, 1970, pp. 91 y ss.; *id.*, *Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main, 1971, pp. 42 y ss.; WOLF, *Rechtslogik und praktische Philosophie*, introducción a TAMMELO, *op. ult. cit.*, pp. 3 y ss.

²⁷ Sobre la concepción de la norma como hipótesis de trabajo para el juez *cfr.* JØRGENSEN, *Argumentation and Decision*, cit., nota 6, p. 278.

²⁸ Por ejemplo, el juicio preventivo sobre la relevancia de las pruebas (artículo 187, fracción IV del Código de Procedimientos Civiles italiano) debe realizarse por el juez de acuerdo con un marco de referencia constituido por el *thema decidendum* provisionalmente establecido *in limine litis* (*cfr.* TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padua, 1970, pp. 23 y ss.), y que está destinado a ser modificado en el curso posterior del juicio. De manera análoga, las actividades previstas por la fracción II del artículo 183 del Código de Procedimientos Civiles, se refieren a la hipótesis de *thema decidendum* y de decisión que el juez formula en la primera audiencia, y que también está destinada a un control sucesivo; la misma consideración es válida, además, con referencia particular al estado de conocimiento de los hechos en relación con la hipótesis de decisión, para el cierre de la instrucción previsto por el artículo 209 del Código de Procedimientos Civiles, así como para toda una serie de actividades del juez que están condicionadas por el modelo de decisión que considera más atendible *en el momento en el cual aquellas actividades deben realizarse*.

²⁹ Al respecto surge la función de instrumento *begrifflich-kontrollierend* de la *Konstruktion* jurídica (sobre la cual véase en particular ESSER, *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil*, cit., pp. 18 y ss.), la cual sirve, por un lado, para racionalizar las elecciones del juez y, por el otro, para verificar la idoneidad del modelo de decisión que proporciona una solución adecuada de la controversia. Desde un punto de vista más general, el proceso entero puede ser visto como un método de control (o de "prueba" en un sentido lato) de las hipótesis alternativas de solución de la litis: en este sentido, *cfr.* RÖDIG, *Die Theorie der gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Die Grundlinien*

▪ La estructura racional del juicio y de la motivación ▪

des zivil- straf- und verwaltungsgerichtlichen Prozesses, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1973, particularmente pp. 3 y ss., 112 y ss., 149 y ss.

³⁰ Cfr. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit. nota 12, pp. 23 y ss., 152 y ss.; STONE, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, cit., nota 4, pp. 181 y ss.

³¹ Cfr. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, trad. it., Turín, 1970, pp. 21 y ss., 66 y ss. y *passim*.

³² Cfr. LOEVINGER, "An Introduction to Legal Logic", en *Indiana Law Journal*, n. 27, 1952, pp. 498 y ss.; BODENHEIMER, "A Neglected Theory of Legal Reasoning", en *Journal of Legal Education*, n. 21, 1969, pp. 375 y ss.; MILLER, "On the Choice of Major Premises in Supreme Court Opinions", en *Journal of Public Law*, n. 14, 1965, pp. 262 y 271; MAYO-JONES, "Legal Policy Decision Process: Alternative Thinking and the Predictive Function", en *George Washington Law Review*, n. 33, 1964, pp. 318 y ss.; HOPKINS, *op. cit.*, nota 25, pp. 174 y ss.; GOTTLIEB, *op. cit.*, nota 12, pp. 105 y ss., 133 y ss., 161 y ss. Véase, además, *infra*, inciso e). La relevancia que asumen dichos elementos en el ámbito de la decisión final vuelve ilusorio el ideal de la *gebundene Entscheidung* fundada exclusivamente en factores lógico-jurídicos; cfr. MAKONEN, *op. cit.*, nota 21, pp. 207 y ss.

³³ Sobre la distinción entre interpretación como actividad e interpretación como producto de dicha actividad cfr. TARELLO, "Orientamenti analitico-linguistici e storia dell'interpretazione giuridica", en *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, cit., nota 11, pp. 403 y ss.

³⁴ Cfr. particularmente HART, *Il concetto di diritto*, trad. it., Turín, 1965, pp. 146 y ss.; *id.*, "Positivism and the Separation of Law and Morals", en *Harvard Law Review*, n. 71, 1958, p. 607. Sobre los conceptos de *Offenheit der Sprache* y de *Porösität der Begriffe*, que están a la base de la concepción de la norma como enunciado "abierto", cfr. KOCH, "Zur Rationalität richterlichen Entscheidens", en *Rechtstheorie*, n. 4, 1973, p. 186; ALSTON, *Filosofia del linguaggio*, trad. it., Bolonia, 1971, pp. 149 y ss.

³⁵ Al respecto cfr. TARELLO, "Il 'problema dell'interpretazione': una formulazione ambigua", en *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, cit., pp. 389 y ss. Sobre el carácter erróneo de la teoría interpretativa fundada en el principio "one word one meaning" véase además GOTTLIEB, *op. cit.*, nota 12, p. 92.

³⁶ La norma como enunciado es un esquema que contiene varias posibilidades de aplicación, o bien varias normas-significado (cfr. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. de M. Losano, Turín, 1966, p. 384). El momento clave de la aplicación de la norma a un caso particular es pues aquél en el que el juez establece qué posibilidad debe valer para ese caso, o bien, cuál de ellas representa, en el lenguaje kelseniano, la "norma individual" (véase *ibidem*, pp. 273 y ss. y *passim*) válida para la situación de hecho concreta.

³⁷ Cfr. TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 394 y ss.

³⁸ Se trata de las interpretaciones-producto elaboradas por la doctrina y de las aplicaciones-producto proporcionadas por la jurisprudencia (sobre la terminología véase TARELLO, *Orientamenti analitico-linguistici e storia dell'interpretazione giuridica*, cit., nota 33, pp. 403 y ss., 408 y ss.), que representan un conjunto de hipótesis prefabricadas que son inherentes al significado de un enunciado normativo (aunque, evidentemente, no agotan las hipótesis posibles). La elección preliminar a la que se hace referencia en el texto no se refiere, en realidad, primariamente al enunciado normativo, sino a sus interpretaciones preexistentes, en el sentido de que éstas son el presupuesto con base en el cual el juez establece, como primera aproximación, si la "norma" es aplicable al caso particular.

³⁹ Cfr. principalmente GOTTLIEB, *op. cit.*, nota 12, pp. 57 y ss.; WRÓBLEWSKI, *L'interprétation en droit: théorie et idéologie*, cit., nota 14, pp. 60 y ss.; *id.*, "Legal reasoning in legal interpretation", en *Logique et Analyse*, 1969, pp. 7 y ss., 18 y ss.

⁴⁰ Cfr. sobre el tema WRÓBLEWSKI, *L'interprétation en droit: théorie et idéologie*, cit., nota 14, p. 61; *id.*, Il modello teorico dell'applicazione della legge, cit., nota 6, p. 14. Establecer un problema interpretativo significa excluir que el significado de la norma sea tan claro como para permitir la inmediata aplicación del hecho concreto (la situación así llamada de isomorfia), revelando al contrario que la norma exige interpretación o que la situación concreta no está directamente regulada (sobre la distinción de estas situaciones cfr. particularmente MAKONEN, *op. cit.*, nota 21, pp. 84 y ss.). La postura prevaleciente se da, por otra parte, en el sentido de que el problema interpretativo subsiste siempre, volviéndose ficticia y desorientadora la regla tradicional según la cual *in claris non fit interpretatio*; cfr. en este sentido TARELLO, *op. ult. cit.*, p. 407; PERELMAN, "L'interprétation juridique", en *Archives de philosophie du droit*, n. XVII, 1972, pp. 30 y ss.; KALINOWSKI, "Philosophie et logique de l'interprétation en droit. Remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens", *ibidem*, pp. 42 y ss.

⁴¹ Los conceptos de *Regelungsspielraum* (cfr. RÖDIG, *Die Theorie der gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, cit., nota 29, p. 59) y de *Beurteilungsspielraum* (cfr. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit. nota 12, pp. 62 y ss.) sirven también para indicar al conjunto de significados que son referibles a un enunciado normativo, es decir, al conjunto de las normas que el mismo expresa, considerado desde el punto de vista de la cuestión sobre la que se debe decidir. Sobre la interpretación como método de individuación de una pluralidad de hipótesis de significado cfr. GÖTTNER, *Logik der Interpretation*, Munich, 1973, pp. 29 y ss.

⁴² Sobre la interpretación-aplicación como elección entre los posibles significados de la norma cfr. GOTTLIEB, *op. cit.*, nota 12, pp. 94 y ss. En un sentido análogo cfr. KELSEN, *op. cit.*, nota 36, pp. 381 y ss.; MAKONEN, *op. cit.*, nota 21, pp. 97 y ss., 181 y ss.; WRÓBLEWSKI, *Legal reasoning in legal interpretation*, cit., nota 39, pp. 10 y ss.; *id.*, *L'interprétation en droit: théorie et idéologie*, cit., nota 14, p. 62; ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Munich, 1969, p. 145; ESSER, *op. ult. cit.*, pp. 43 y ss., 50 y ss. Debe hacerse notar que una perspectiva del mismo género es válida también en los sistemas de la *common law* (cfr. STONE, "The Ratio of the Ratio decidendi", en *Modern Law Review*, 1959, pp. 610 y ss.), así como a propósito de la interpretación de normas constitucionales (cfr. MILLER, *On the Choice of Major Premises in Supreme Court Opinions*, cit., nota 32, pp. 259 y ss.; KRIELE, *op. cit.*, nota 24, pp. 212 y ss.).

⁴³ Cfr. WRÓBLEWSKI, *Legal reasoning in legal interpretation*, cit., nota 39, p. 9; *id.*, *L'interprétation en droit: théorie et idéologie*, cit., nota 14, p. 60.

⁴⁴ En general sobre las relaciones entre lógica y razonamiento jurídico véase *supra* cap. III. Para una exposición sintética de la *Normenlogik* cfr. WEINBERGER, *Rechtslogik. Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken*, Viena-Nueva York, 1970, pp. 189 y ss. Sobre los aspectos semánticos de la interpretación cfr. ampliamente TARELLO, "Introduzione al linguaggio precettivo", en *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, cit. nota 1, pp. 135 y ss.; así como *id.*, "La semantica del neustico. Osservazioni sulla 'parte descrittiva' degli enunciati precettivi", *ibidem*, pp. 329 y ss.; SCARPELLI, "Semantica giuridica", en *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, Turín, 1969, pp. 53 y ss. y *passim*; *id.*, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Turín, 1959; WRÓBLEWSKI, *Legal reasoning in legal interpretation*, cit., nota 39, pp. 7 y ss.; LAMPE, *Juristische Semantik*, Bad Homburg v. d. H.-Berlín-Zürich, 1970,

▪ La estructura racional del juicio y de la motivación ▪

pp. 11 y ss., 29 y ss.; HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, Colonia-Berlin-Bonn-Munich, 1967, pp. 26 y ss., 66 y ss.

⁴⁵ Cfr. WEINBERGER, *Rechtslogik. Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken*, cit., nota 44, pp. 212 y ss.; RÖDIG, *Die Theorie der gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, cit., nota 29, pp. 254 y ss.

⁴⁶ En general sobre la función de la tópica en el razonamiento jurídico véase *supra*, cap. IV, § 2. Sobre el papel del método tópico en la interpretación cfr. principalmente ESSER, *op. ult. cit.*, pp. 151 y ss.

⁴⁷ Cfr. al respecto LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., nota 12, pp. 149 y ss.; ESSER, *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil*, cit., pp. 14 y ss.; *id.*, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 218 y ss. y *passim*; *id.*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit. nota 12, pp. 109 y ss.; HORN, "Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens", en *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 20, 1967, pp. 605 y ss.

⁴⁸ Cfr. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., nota 12, pp. 128 y ss.; ESSER, *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil*, cit., pp. 5 y ss.; *id.*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit. nota 12, pp. 128 y ss., 159 y ss.; TARELLO, "Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete", en *id.*, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, cit., nota 11, pp. 475 y ss.; CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padua, 1954, pp. 175 y ss., 200 y ss. En particular sobre las valoraciones inherentes a la determinación del problema interpretativo (sobre el cual véase la nota 40 y la parte del texto respectiva) cfr. WRÓBLEWSKI, *Legal reasoning in legal interpretation*, cit., nota 39, pp. 15 y ss.

⁴⁹ Cfr. al respecto WRÓBLEWSKI, *op. ult. cit.*, nota 39, pp. 9 y ss.; *id.*, *L'interprétation en droit: théorie et idéologie*, cit., nota 14, p. 61.

⁵⁰ Sobre la naturaleza de dicha relación, véase *infra*, inciso d).

⁵¹ Sobre la construcción jurídica como actividad de control de la decisión en este sentido, véase ESSER, *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil*, cit., p. 15.

⁵² Sobre la función de guía de las decisiones interpretativas jugada por las posiciones de *policy general*, cfr. especialmente GOTTLIEB, *op. cit.*, nota 12, pp. 114 y ss., 119, 134 y ss. y *passim*. Sobre la función análoga jugada por la individuación de la finalidad que se persigue con la decisión cfr. una vez más GOTTLIEB, *op. cit.*, nota 12, pp. 74 y ss., 105 y ss., 160 y ss. En particular, por lo que tiene que ver con la previsión de las consecuencias jurídicas que se derivan de la elección interpretativa en relación con la decisión de la litis cfr. MAKONEN, *op. cit.*, nota 21, pp. 84 y ss., 95 y ss., 118 y ss.

⁵³ En un sentido análogo cfr. WRÓBLEWSKI, *Legal reasoning in legal interpretation*, cit., nota 39, pp. 23 y ss.; JØRGENSEN, *Argumentation and Decision*, cit., nota 6, pp. 279 y ss.; WEINBERGER, "Topik und Plausibilitätsargumentation", cit., nota 4, pp. 31 y ss.; *id.*, "Fundamental Problems of the Theory of Legal Reasoning", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n. 58, 1972, pp. 330 y ss.

⁵⁴ De manera más amplia, en relación con el tema de las ideologías de la interpretación TARELLO, *Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete*, cit., nota 48; ARNAUD, "Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique", en *Archives de philosophie du droit*, n. XVII, 1972, pp. 165 y ss.

⁵⁵ Cfr. WRÓBLEWSKI, *Legal reasoning in legal interpretation*, cit., nota 39, p. 11; *id.*, "L'interprétation en droit: théorie et idéologie", cit., nota 14, p. 62.

⁵⁶ Sobre la función de los alegatos en el marco del principio dispositivo cfr. CAPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milán, 1962, I, pp.

317 y ss.; CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile*, ed. Provv., Milán, 1968, pp. 9 y ss.

⁵⁷ Sobre el tema véase de manera más amplia TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., nota 28, pp. 34 y ss.

⁵⁸ Debe subrayarse además que el tema del juicio de hecho se distingue en dos grupos de hipótesis fácticas: el primero comprende las hipótesis inherentes a la existencia de los hechos así llamados jurídicos, los cuales constituyen el *thema probandum* en sentido estricto en la acepción usada en el texto; y el segundo comprende, por el contrario, hipótesis inherentes a los hechos así llamados simples, que pueden ser objeto de prueba en la medida en la que se presentan como relevantes para la determinación indirecta de los hechos jurídicos (cfr. TARUFFO, *op. ult. cit.*, pp. 27 y ss.; sobre la distinción entre hechos jurídicos y hechos simples véanse los amplios señalamientos de CAVALLONE, cit., nota 56, pp. 7 y ss.).

⁵⁹ Sobre el concepto de relevancia jurídica de los hechos y sus conexiones con la individuación del *thema probandum*, véase TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., nota 28, pp. 23 y ss.

⁶⁰ Cfr. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, cit., nota 22, pp. 89 y ss.; WRÓBLEWSKI, "Facts in Law", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n. 59, 1973, pp. 171 y ss.; TARUFFO, "Note in tema di giudizio di fatto", en *Rivista di diritto civile*, 1971, pp. 33 y ss.

⁶¹ Sobre el concepto de "verdad procesal" y sobre su diferenciación respecto de la noción de verdad científica cfr. RÖDIG, *Die Theorie der gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, cit., nota 29, pp. 158 y ss. Debe subrayarse que dicha distinción no coincide con aquella, tan difundida como infundada, entre verdad "formal" (procesal) y verdad "sustancial" (extraprocesal); por verdad procesal debe entenderse al contrario un grado de conocimiento de los hechos suficientes como para fundar una decisión (y por lo tanto, eventualmente variable dependiendo de los casos) y relativo a los materiales cognoscitivos de los cuales dispone el juez, pero no es diverso, cualitativamente, de la "verdad" asequible por fuera del proceso (cfr. TARUFFO, "Certeza e probabilità nelle presunzioni", in *Foro Italiano*, 1974, V, pp. 95 y ss.).

⁶² Sobre el tema véase de manera más amplia TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., nota 28, pp. 231 y ss.

⁶³ Cfr. por ejemplo NASI, "Giudizio di fatto (diritto processuale civile)", en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XVI, Milán, 1967, pp. 967 y ss., también para ulteriores indicaciones sobre la doctrina italiana, además de las referencias de la doctrina alemana ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, cit., nota 22, pp. 92 y ss.

⁶⁴ Cfr. con particular referencia a las hipótesis en las cuales la norma contenga cláusulas generales o conceptos indeterminados, ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, cit., nota 22, pp. 111 y ss. De manera más general WRÓBLEWSKI, "Facts in Law", cit., nota 60, pp. 164 y ss. también subraya que el status descriptivo o valorativo de las proposiciones inherentes a los hechos de la causa depende del tipo de definición que se le da en el nivel del lenguaje normativo.

⁶⁵ Cfr. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, cit., nota 22, pp. 94 y ss., y por último LOEBER, *Die Verwertung von Erfahrungssätzen durch den Richter im Zivilprozess*, diss., Kiel, 1972, pp. 99 y ss., 125 y ss.

⁶⁶ Sobre el problema de la falta de carácter científico de las máximas de la experiencia, y sobre las consecuencias que se derivan en relación con la naturaleza del juicio de hecho cfr. o NOBILI, "Nuove polemiche sulle cosiddette 'massime d'esperienza'", en

▪ La estructura racional del juicio y de la motivación ▪

Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1969, pp. 123 y ss. y TARUFFO, "Certezza e probabilità nelle presunzioni", cit., nota 61, pp. 89 y ss.

⁶⁷ Hablar de un modelo lógico del juicio de hecho no significa, por otra parte, afirmar que este ocurra (o deba ocurrir) conforme a reglas lógicas rígidas y determinadas. Por un lado, en efecto, se debe constatar que en la mayor parte de los casos la estructura lógica del juicio de hecho es la de la inferencia probable (véase TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., nota 28, pp. 231 y ss.). Por otro lado, debe subrayarse que amplios márgenes de indeterminación y de discrecionalidad subsisten, por ejemplo, en el procedimiento de reconducción del hecho en concreto dentro de la clase de hechos definida por la norma o por la máxima de la experiencia. La instauración de una relación de correspondencia entre *konkrete Tatfrage* y *allgemeine Tatfrage* implica, en efecto, una serie de transformaciones lógico-semánticas de los enunciados fácticos, que en concreto no está determinada por criterios lógicos de tipo deductivo, y plantea problemas de extrema complejidad. cfr. sobre el tema ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, cit., nota 22, pp. 18 y ss., 37 y ss., 101 y ss.; ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit. nota 12, pp. 56 y ss., 65 y ss.; HENKE, *Die Tatfrage. Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität*, Berlín, 1966, pp. 54 y ss., 94 y ss.; CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), reimpresión Padua, 1964, pp. 75 y ss.

⁶⁸ Cfr. Sobre el tema los apuntes generales de DENTI, "Scientificità della prova e libera valutazione del giudice", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1972, pp. 433 y ss.

⁶⁹ Cfr. AMODIO, "Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1973, pp. 310 y ss.; NOBILI, "La prova testimoniale: orientamenti giurisprudenziali e prospettive di riforma", en *Indice Penale*, 1973, pp. 223 y ss.

⁷⁰ Cfr. DENTI, *op. ult. cit.*, pp. 431 y ss.

⁷¹ Sobre el tema cfr. CAVALLONE, *op. cit.*, nota 56, pp. 89 y ss.; DENTI, "L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei", en *Rivista di Diritto processuale*, 1965, pp. 46 y ss.; BRÜGGEMANN, *Judex staturator und judex investigator*, Bielefeld, 1968, pp. 41 y ss., 100 y ss.

⁷² Sobre las manifestaciones de ese fenómeno en el proceso civil cfr. TARUFFO, "Prove atipiche e convincimento del giudice", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1973, pp. 423 y ss.; TARUFFO, "Certezza e probabilità nelle presunzioni", en *Foro Italiano*, 1974, V, c. 104 y ss.; de manera análoga por lo que tiene que ver con el proceso penal cfr. los escritos de AMODIO y de NOBILI citados en la nota 69.

⁷³ Cfr. por ejemplo PESCATORE, *La logica del diritto*, 2ª. ed. Turín, 1883, pp. 174 y ss.; CONIGLIO, *La presunzioni nel processo civile*, Palermo, s. d., p. 172.

⁷⁴ Sobre esta tendencia, presente especialmente en los Estados Unidos, cfr. DENTI, "L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei", cit., nota 71, pp. 57 y ss.; *id.*, "Scientificità della prova e libera valutazione del giudice", cit., nota 68, pp. 433 y ss. Sobre los términos en los cuales el debate se ha planteado recientemente cfr. FINKELSTEIN-FAIRLEY, "A Bayesian Approach to Identification Evidence", en *Harvard Law Review*, 1970, pp. 484 y ss.; *id.*, "A comment on 'Trial by Mathematics'", *ibidem*, 1971, n. 84, pp. 1801 y ss.; TRIBE, "Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process", *ibidem*, 1971, n. 84, pp. 1329 y ss.; *id.*, "A Further Critique on Mathematical Proof", *ibidem*, 1971, n. 84, pp. 1810 y ss.; DAWSON, "Probabilities and Prejudice in Establishing Statistical Inferences", en *Jurim. J.*, 1973, n. 13, pp. 191 y ss.

⁷⁵ Sobre la evolución de ese principio en la doctrina soviética *cfr.* CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, Roma, 1969, pp. 192 y ss. Sobre el tema *cfr.* además *Derecho procesal civil soviético*, editado por M.A. GURVICH, traducción al español, México, 1971, pp. 247 y ss.; GINSBURG, "Objective Truth and the Judicial Process in Post-Stalinist Soviet Jurisprudence", en *Am. J. Comp. L.* 1961, n. 10, pp. 53 y ss.

⁷⁶ Al respecto véase más ampliamente TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., nota 28, pp. 231 y ss.

⁷⁷ *Cfr.* EKELÖF, "topik und Jura", en *Le raisonnement juridique*, cit., p. 54.

⁷⁸ *Cfr.* EKELÖF, "La libera valutazione delle prove", en *Studi in onore di A. Segni*, Milán, 1967, tomo II, pp. 91 y ss.; TARUFFO, *op. cit.*, loc. ult. cit.; MORGAN, *Basic Problems of Evidence*, 1962, pp. 183 y ss.; BALL, "The Moment of Truth: Probability Theory and Standard of Proof", en *Vand. L. R.*, 1961, n. 14, pp. 807 y ss.; STOEBUG, "Relevancy and the Theory of Probability", en *Iowa Law Review*, 1956, pp. 859 y ss.

⁷⁹ En particular sobre la concatenación de inferencias fácticas intermedias *cfr.* TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., nota 28, pp. 164 y ss.; MORGAN, *op. cit.*, loc. cit.

⁸⁰ Sobre la calificación jurídica como síntesis dialéctica de la interpretación de la norma en el sentido de determinación del *abstrakte Tatbestand* ("tesis") y de las aserciones inherentes a los hechos ("antítesis"), *cfr.* HASSEMER, *op. cit.*, nota 44, p. 118).

⁸¹ Al respecto, *cfr.* ampliamente MICHAELIS, "Ueber das Verhältnis von logischer und praktischer Richtigkeit bei der sogenannten Subsumtion (Eine Kritik der Kritiken am Subsumtionsbegriff)", en *Gött. Festschr. OLG Celle*, Gotinga, 1961, pp. 119 y ss.; ANDRÉ-VINCENT, "L'abstrait et le concret dans l'interprétation", en *Archives de philosophie du droit*, n. 1972, pp. 135 y ss.; ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, cit., nota 22, pp. 22 y ss. Vale la pena subrayar que también en la doctrina de la *common law*, a la cual le es ajena la problemática de la subsunción en los términos elaborados por la doctrina europea, el problema de la calificación jurídica es planteada análogamente con referencia a la instauración de un nexo entre el caso concreto y un criterio, concepto o estándar jurídico general; *cfr.* por ejemplo BODENHEIMER, *Jurisprudence. The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge, Mass., 1962, pp. 325 y ss.

⁸² *Cfr.* HASSEMER, *op. cit.*, nota 44, pp. 17 y ss., 87 y ss.; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., nota 12, pp. 228 y ss.; ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, cit., nota 22, pp. 6 y ss., 22 y ss.; MICHAELIS, *op. cit.*, nota 81, pp. 128 y ss.; HENKE, *op. cit.*, nota 67, p. 81.

⁸³ *Cfr.* MAKKONEN, *op. cit.*, nota 21, pp. 207 y ss.; GOTTLIEB, *op. cit.*, nota 12, pp. 62 y ss., 106 y ss. Sobre la estructura lógica de la elección orientada con base en los fines perseguidos *cfr.* WEINBERGER, *Rechtslogik. Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken*, cit., nota 44, pp. 291 y ss.

⁸⁴ *Cfr.* BODENHEIMER, *op. ult. cit.*, nota 81, pp. 328 y ss.; WRÓBLEWSKI, *Legal reasoning in legal interpretation*, cit., nota 39, p. 16; GOTTLIEB, *op. cit.*, nota 12, pp. 108 y ss.; HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, cit., pp. 607 y ss.

⁸⁵ *Cfr.* HART, *Il concetto di diritto*, cit., nota 34, pp. 148 y ss.

⁸⁶ La operación mencionada ha sido subdividida en dos fases: la de "precisar" el significado de la norma (*cfr.* SCHREIBER, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1966, pp. 180 y ss.) y la de "actualizar" el mismo *cfr.* RÖDIG, *Die Theorie der gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, cit., nota 29, pp. 180 y ss. Sobre el tema véase también ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, cit., nota 22, pp. 27 y ss.; MICHAELIS, *op. cit.*, nota 81, pp. 135 y ss.; ESSER, *Vorverständnis und*

▪ La estructura racional del juicio y de la motivación ▪

Methodenwahl in der Rechtsfindung, cit. nota 12, pp. 51 y ss. En particular, a propósito de la norma que contenga un *unbestimmter Rechtsbegriff* cfr. HENKE, *op. cit.*, nota 67, pp. 116 y ss.

⁸⁷ Cfr. WRÓBLEWSKI, *Il modello teorico dell'applicazione della legge*, cit., nota 6, p. 18 y ss.; GOTTLIEB, *op. cit.*, nota 12, pp. 68 y ss.

⁸⁸ Cfr. sobre el tema ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, cit., nota 22, pp. 23 y ss.; MICHAELIS, *op. cit.*, nota 81, pp. 130 y ss.; ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit. nota 12, pp. 48 y ss.; RÖDIG, *Die Theorie der gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, cit., nota 29, p. 182.

⁸⁹ Este procedimiento ha sido analizado de diversos modos, sustancialmente equivalentes: desde el punto de vista de la estructura se habla de *Annäherung* entre situación normativa y situación concreta cfr. por ejemplo HASSEMER, *op. cit.*, nota 44, pp. 18 y 99); desde el punto de vista de su objetivo se habla de *Koinzidenzprinzip* (cfr. RÖDIG, *Die Theorie der gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, cit., nota 29, pp. 178 y ss).

⁹⁰ Debe señalarse, en todo caso, que mientras la determinación de los hechos relevantes es realizada en todo caso en función de las alternativas de decisión, el juez no puede advertir la totalidad individual de la situación de hechos concreta, sino solo la de sus componentes que tienen relevancia en relación con un modelo normativo de decisión particular (cfr. en el mismo sentido MICHAELIS, *op. cit.*, nota 81, pp. 122 y 141). Ello implica que, mientras que la formulación de las hipótesis normativas está condicionada por los hechos de la causa, la selección de los hechos jurídicos sea a su vez relativa a dicha hipótesis, de manera tal que la elección a la que se hace referencia en el texto está destinada de cualquier manera a abordar ambos aspectos del problema.

⁹¹ Cfr. MAKKONEN, *op. cit.*, nota 21, pp. 100 y ss.

⁹² Cfr. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit. nota 12, pp. 50 y ss., 159 y ss.

⁹³ Debe subrayarse, en efecto, que la *begriffliche Notwendigkeit* de la subsunción (en relación con lo cual véase por ejemplo COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlín, 1969, p. 264) no tiene un carácter propio de todo el procedimiento descrito en el texto. Por el contrario, aquella subsiste solo cuando se realiza, mediante procedimientos que no tienen para nada una naturaleza "necesaria", la equivalencia entre situación abstracta y situación concreta, debido a que sólo una vez que ello se ha verificado, es posible decir que la segunda está subsumida en la (o deducida de la) primera. Además, aquella no existe en absoluto, sino solo relativamente a las particulares situaciones (abstracta y concreta) que el juez ha elegido dentro de los *Spielräume* de posibles alternativas, respecto de las cuales se verifica la equivalencia entre situación abstracta y situación concreta. Consideraciones análogas valen en relación con el concepto de *kausale Subsumtion*, que constituye el fundamento de la concepción deductiva de la calificación jurídica (cfr. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit. nota 12, p. 69). En general sobre los componentes ideológicos de la concepción "necesaria" de la subsunción cfr. FECHNER, "Ideologie und Rechtspositivismus", en *Ideologie und Recht*, editado por W. Maihofer, Frankfurt am Main, 1969, p. 101.

⁹⁴ Sobre la función de control que la lógica juega en relación con la rectitud del procedimiento dialéctico del cual se desprende la calificación jurídica de la situación de los hechos, cfr. MICHAELIS, *op. cit.*, nota 81, pp. 126 y ss.; BODENHEIMER, "A Neglected Theory of Legal Reasoning", cit., nota 32, pp. 393 y ss.; WEINBERGER, "Topik und Plausibilitätsargumentation", cit., nota 4, pp. 32 y ss.

⁹⁵ Cfr. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit. nota 12, pp. 65 y ss.

⁹⁶ Sobre este punto, como es sabido, insiste aquel sector de la doctrina sobre el juicio y sobre la función del juez, que muestra una mayor sensibilidad hacia la correspondencia de la decisión con los valores político-sociales y las exigencias de tutela concretas que surgen de los conflictos sociales. No consta, sin embargo, que el punto haya sido adecuadamente profundizado; incluso en los planteamientos más articulados sobre el problema (cfr. por ejemplo ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit. nota 12, pp. 65 y ss., 144 y ss.; GOTTLIEB, *op. cit.*, nota 12, pp. 74 y ss., 105 y ss.), no se llega, generalmente, a otra cosa más que la constatación de que el juez efectúa valoraciones de este tipo, o la afirmación de la necesidad de que el juez las cumpla. Se han puesto en evidencia, por otra parte, algunos factores que vuelven extremadamente ardua una solución más adecuada: por un lado, se subraya que el juez no dispone de ningún medio para establecer de manera atendible, antes de la decisión, qué efectos socioeconómicos pueden derivar de las hipótesis de decisión en particular (cfr. MILLER, *On the Choice of Major Premises in Supreme Court Opinions*, cit., nota 32, p. 271), de manera que difícilmente puede decirse que la elección entre éstas se realice en virtud de esos efectos. Por otra parte, se ha señalado también que la elección teleológica exige, para ser coherente, la referencia a un sistema organizado de valores, sin el cual aquella queda fundada en factores meramente intuitivos y voluntaristas (cfr. WEINBERGER, *Rechtslogik. Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken*, cit., nota 44, pp. 291 y ss., 301). En la medida en la que de hecho no subsisten las condiciones para que se pueda hablar de una elección “con miras a una finalidad de justicia”, el problema tiende evidentemente a plantearse no sobre el plano de la estructura racional del juicio, sino sobre el de los condicionamientos que pesan sobre el juez a nivel social y psicológico.

⁹⁷ Sobre el punto, con referencia particular a los márgenes variables de discrecionalidad de que dispone el juez en la determinación del efecto jurídico que puede ser referido a la situación concreta, cfr. MAKONEN, *op. cit.*, nota 21, pp. 84 y ss.; ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, cit., nota 22, pp. 17 y ss.; RÖDIG, *Die Theorie der gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, cit., nota 29, pp. 174 y ss.

⁹⁸ Sobre el concepto de prejuicio véase más ampliamente lo expuesto en *infra*, § 3, inciso a).

⁹⁹ El carácter dialéctico es una característica peculiar del procedimiento de *discovery* de las hipótesis de decisión, de control de su validez y su idoneidad a través del método del *trial and error*, y de la elección final de la hipótesis que “se vuelve” decisión. Viceversa, la característica peculiar de dicha hipótesis, que se centra en el *Koinzidenzprinzip* (véase nota 88), no es el de la contraposición entre los enunciados que la componen, sino más bien el de su coherencia, entendida *lato sensu* en la medida en la que comprende tanto la no contradicción, como la implicación.

¹⁰⁰ Ello en la medida en la que el contexto de los enunciados en los que se habla no equivale ni a la sentencia, ni a la motivación, sino solamente a la enunciación del resultado de las elecciones realizadas por el juez en el ámbito de un determinado esquema de decisión. Los otros factores que entran en el razonamiento decisorio, como la argumentación tópica o lógica, o los juicios de valor, no constituyen un objeto de las elecciones finales de las cuales se compone la decisión, sino más bien su fundamento, su “causa” o el *iter* de su formación. Éstos no figuran pues en el contexto examinado, sino que constituyen un contexto distinto, es decir, el de las así llamadas “razones reales” de la decisión y de las elecciones particulares que la constituyen.

▪ La estructura racional del juicio y de la motivación ▪

¹⁰¹ El modelo de dicha concepción es la teoría operacional del conocimiento elaborada en el ámbito de las ciencias empíricas; *cfr.* BRIDGMAN, *La logica della fisica moderna*, trad. al italiano, Turín, 2a ed., 1965, pp. 33 y ss., 59 y ss.

¹⁰² El hecho de que, como se ha recordado muchas veces, el *iter* decisorio comprenda una serie de momentos y de factores valorativos, no implica que el resultado al cual éste arriba no pueda ser apreciado más que de manera valorativa. Mientras se puede convenir que la racionalidad de dicho *iter* no puede no ser también valorativa (véase ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit. nota 12, pp. 103 y ss. y *passim*), aun pareciendo oportuno distinguir varios conceptos de racionalidad (véase *infra* en el texto), ello no implica la imposibilidad de definir en términos de coherencia lógica la racionalidad interna, en un sentido estructural, del contexto de enunciados en los cuales se expresan las elecciones finales del juez. Su “valoración” implica, por el contrario, la referencia a un marco externo (metacontextual) de valores, sobre cuya determinación y elección incide la ideología del intérprete.

¹⁰³ Sobre el “objetivismo” de los valores en el jusnaturalismo moderno *cfr.* MATZ, *Rechtsgefühl und objektive Werte. Ein Beitrag zur Kritik des wertethischen Naturrecht*, Munich, 1966, pp. 23 y ss., 50 y ss., 81 y ss.

¹⁰⁴ Sobre el tema *cfr.* WEINBERGER, *Rechtslogik. Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken*, cit., nota 44, pp. 307 y ss.; RÖDIG, *Die Theorie der gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, cit., nota 29, pp. 59 y ss.

¹⁰⁵ *Cfr.* ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit. nota 12, pp. 23, 103 y ss.; HASSEMER, *op. cit.*, nota 44, pp. 49 y 89.

¹⁰⁶ Sobre la lógica del razonamiento valorativo véase *infra*, § 3, incisos d) y e).

¹⁰⁷ Sobre el concepto de sistema de valores y sobre el papel que el mismo juega como fundamento de la valoración *cfr.* WEINBERGER, *Rechtslogik. Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken*, cit., nota 44, pp. 297 y 300; ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit. nota 12, pp. 161 y ss.

¹⁰⁸ Sobre el papel de los valores constitucionales como principios-guía para las elecciones del juez *cfr.* por ejemplo GOTTLIEB, *op. cit.*, nota 12, pp. 145 y ss.

¹⁰⁹ Véase en particular, *supra*, cap. III, § 2.

¹¹⁰ Los conceptos de motivación “verdadera” y “ficticia” requieren de algunas precisiones a la luz de lo que hemos señalado en el texto. Si por verdad de los motivos se entiende su correspondencia con las razones reales que han determinado a la decisión, se desprende que la motivación es ficticia o falsa en todos los casos en los que dichas razones no estén expresadas fielmente en la motivación (en este sentido *cfr.* BRÜGGEMANN, *Die richterliche Begründungspflicht. Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen*, Berlín, 1971, p. 86; BRECHER, “Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht”, en *Festschr. Für A. Nikisch*, Tübingen, 1958, pp. 277 y ss.; CARNELUTTI, “Falsa motivazione di sentenza”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1941, tomo I, p. 357). Se trata, por otro lado, de una calificación de escasa relevancia tanto porque es imposible verificar si dicha correspondencia realmente subsiste, como porque teniendo en cuenta la diversidad y asimetría entre razonamiento decisorio y discurso justificativo recordada antes, sería necesario concluir que la motivación es siempre, en línea de máxima, ficticia. Es posible, sin embargo, hablar de una motivación ficticia, en una acepción diversa del término, cuando la motivación no es coherente con la génesis y con la naturaleza del enunciado que se trata de justificar: por ejemplo, si el enunciado representa una hipótesis elegida discrecionalmente por el juez dentro de un abanico de varias alternativas, es ficticia la

motivación que tienda a configurar dicho enunciado como la única solución posible de un problema, y no justifique la elección de la cual descende dicha solución. De manera análoga, puede calificarse como ficticia la motivación que elimine o disimule los componentes valorativos de la decisión, privilegiando exclusivamente los aspectos lógico-jurídicos y conceptuales (de que se desprenden las acusaciones de *Scheinkonstruktion* y de *Begriffsmaskerade* que se han hecho a la praxis prevaleciente, por ejemplo, por parte de HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, editado por R. Dubischar, Bad Homburg v.d. Höhe-Berlin-Zurich, 1968, pp. 95). En este sentido, es ficticia la motivación que no expresa y no justifica las elecciones esenciales de las cuales se compone la decisión, y que condicionan el resultado final del razonamiento decisorio. Por lo tanto, la motivación ficticia significa la falta de motivación adecuada, es decir, la falta de racionalización y de justificación de algunos componentes decisivos del juicio, y, consecuentemente, significa también la imposibilidad de control externo sobre la validez de dichos componentes. Bajo este aspecto, el fenómeno de la motivación ficticia constituye no tanto la violación de una obligación ético-jurídica del juez a la verdad (véase en ese sentido BRÜGGEMANN, *op. ult. cit.*, pp. 87 y ss.), como una hipótesis en la cual se elude, a pesar de la apariencia de un discurso justificativo corregido bajo el perfil lógico-jurídico, la exigencia de racionalización y de control de la decisión que constituye la ratio de la obligación de motivar. En este sentido *cfr.* FASCHING, "Die Entscheidungsbegründung im österreichischen streitigen zivilgerichtlichen Erkenntnis- und Insolvenzverfahren", en *Entscheidungsbegründung*, cit., pp. 146 y ss.

¹¹¹ Ello resulta particularmente evidente si se toma en cuenta el hecho de que la motivación no es (y no puede asimilarse a) un discurso formalizado y estructurado conforme a reglas homogéneas y constantes, sino que constituye más bien un "pedazo" de lenguaje común (en el cual pueden diferenciarse solamente sectores dominados por los esquemas estilísticos y lingüísticos del discurso técnico-jurídico), en el cual se reproducen, por lo tanto, todas las características de variabilidad sintáctica, de polisemia y de elasticidad formal que son típicos de este lenguaje.

¹¹² Esta definición de la decisión tiene sus orígenes en el ámbito de la teoría de los límites objetivos del juicio, en el cual se ha configurado como instrumental respecto a la exclusión del así llamado "juicio sobre motivos" y a la consecuente restricción del efecto de cosa juzgada al pronunciamiento de la demanda. En las partes posteriores del texto, no nos referiremos a esta definición que no tiene ninguna utilidad bajo el aspecto que nos interesa, sino que se entenderán las expresiones "decisión" y "juicio" a menos que existan precisiones específicas, como relativas al contexto de enunciados definido antes en el § 2, inciso e), en el que se expresan las elecciones finales del juez sobre las cuestiones contenidas en el *thema decidendum*.

¹¹³ *Cfr.* WRÓBLEWSKI, "Legal Decision and Its Justification", en *Le raisonnement juridique, Actes du Congrès Mondial de Philosophie Sociale*, Bruselas, 1971, p. 417.

¹¹⁴ Sobre el *Koinzidenzprinzip* que rige la instauración de la relación hecho-norma véase la nota 88 y las correspondientes reflexiones en el texto. Desde el punto de vista que nos interesa, aquél opera esencialmente en el plano semántico, en la medida en la que es necesario que los enunciados fácticos (H), que afirman como existentes a determinadas circunstancias, coincidan, en cuanto al significado, con los enunciados (N) que expresan la situación concreta a la que la norma (precisada y concretizada) se aplica. Sin embargo, la coincidencia entre los enunciados de los dos tipos no es total, los enunciados (H) no solo expresan determinados hechos, sino que los afirman como verdaderos, existentes o atendibles. Éstos tienen, pues, la forma *Va* (= el hecho *a* es

▪ La estructura racional del juicio y de la motivación ▪

verdadero, la proposición que afirma *a* es verdadera). Por otra parte, los enunciados (N), que expresan la interpretación de la norma (es decir, el significado que le es atribuido a la misma) afirman que, siendo ciertos determinados hechos, se producen ciertos efectos jurídicos. Éstos asumen entonces la forma (*Va*) → *C* (= si es cierto un hecho *a* que puede enmarcarse en la clase *A* se verifica el efecto (*C*)). La coincidencia semántica sobre la que se discute, tiene que ver, por lo tanto, solo con la necesidad de que los enunciados fácticos (*H*) declaren existente un hecho *a* que pertenece a la categoría *A* definida en los enunciados normativos (N).

¹¹⁵ El término “implicación” no es usado en alguna de sus múltiples acepciones específicas (sobre lo cual véase en general PASQUINELLI, *Introduzione alla logica simbolica*, Turín, 1957, pp. 56 y ss., 70 y ss., y 104 y ss.), pero en su significado más genérico, según el cual aquella indica la situación en la cual un enunciado está vinculado con otro de manera tal que sería incongruente afirmar el primero y negar el segundo (cfr. STRAWSON, *Introduzione alla teoria logica*, trad. it., Turín, 1961, p. 21). Dentro de esta definición hay espacio, evidentemente, para que el nexo de implicación se plantee de formas diversas en los distintos tipos de relación que constituyen al esquema discutido en el texto.

¹¹⁶ A una consecuencia de este tipo conduce el enfoque perelmaniano (véase al respecto *supra*, cap. IV, § 3), según el cual el razonamiento jurídico en general, y la motivación en particular no podrían calificarse sino como tipos, o prototipos, de argumentación retórico-persuasiva. Aplicado al contexto de enunciados que estamos considerando, ese enfoque produce inevitablemente corolarios aberrantes: por ejemplo, conduciría a afirmar que la decisión final expresada en (*C*₂) no es una consecuencia lógica de *H*, *N* y *C*₁ y no se funda racionalmente sobre estos enunciados, sino que éstos únicamente sirven para provocar el consenso sobre (*C*₂), independientemente de toda conexión contextual entre las diversas aserciones.

¹¹⁷ No debe olvidarse que la justificación de (*C*₂) no está constituida solamente por su derivación de los otros enunciados del contexto, toda vez que también la determinación del efecto jurídico inherente a la situación concreta requiere, aun descendiendo de la norma, elecciones específicas que concreticen por parte del juez (ver *supra*, § 2, inciso e). En ese caso, la justificación de (*C*₂) requiere de un razonamiento no deductivo, del todo análogo al que funda, en general, las elecciones interpretativas (cfr. WRÓBLEWSKI, *op. e loc. ult. cit.*), que encuentra sus propias premisas en las directrices de elección a las cuales el juez se refiere al interpretar la parte de la norma en la cual es definido el efecto jurídico que la misma produce.

¹¹⁸ Cfr. al respecto LIEBMAN, “ ‘Parte’ o ‘capo’ di sentenza”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1964, pp. 54 y ss.

¹¹⁹ Es necesario, en esencia, que en el contexto de la misma sentencia se respete el principio básico de no contradicción entre enunciados, debido a que, en caso contrario, se verificaría una situación de ambigüedad radical del discurso en su conjunto (sobre el tema cfr. MERMIN, “Functionalism, Definition, and the Problem of Contextual Ambiguity”, en *Le raisonnement juridique, Actes du Congrès Mondial de Philosophie Sociale*, Bruselas, 1971, p. 324).

¹²⁰ Se habla de prejuicio “lógico” con la finalidad de precisar que no se pretende hacer referencia a la noción común de prejuicio “jurídico”, según el cual se tendía una cuestión de prejuicio sólo cuando ésta esté destinada a ser resuelta solo a través de la mera *cognitio*, y además sea idónea para constituir el objeto de un proceso autónomo. Sobre la distinción entre los dos conceptos en la doctrina prevaleciente cfr. MENESTRINA,

La pregiudiziale nel processo civile, Viena, 1904, pp. 86 y ss.; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto al terzi*, Milán, 1935, pp. 68 y ss., y las síntesis recientes en PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Nápoles, 1965, pp. 78 y ss., DENTI, “Questioni pregiudiziali (diritto processuale civile)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. XIV, Turín, 1967, pp. 675 y ss. y TARUFFO, “‘Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni”, en *Rivista di Diritto Processuale*, t. II, 1972, pp. 283 y ss. Debe precisarse que la noción lógica de prejuicio, dentro de la cual la doctrina tradicional distinguió la noción más restringida de “jurídica”, no equivalía al concepto de prejuicio adoptado en el texto. Por prejuicio lógico se entendía, en efecto, algo de extremadamente genérico y oscilante entre el concepto de mera dependencia y el de la accesoriedad entre problemas (cfr. por ejemplo MENESTRINA, *ibidem*, pp. 89 y ss.), y faltaba una definición clara de la relación con base en la cual una cuestión pudiera definirse como prejudicial frente a otra; en efecto, ya no era perspicua ni siquiera la definición medieval de prejudicialidad como prohibición lógica a la admisibilidad de la cuestión principal (cfr. GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966, pp. 168 y ss.).

¹²¹ La eficacia condicionante de la cuestión prejudicial respecto a la cuestión prejuzgada no descende de una relevancia genérica o influencia de la solución de la primera respecto a la solución de la segunda, sino que consta de dos elementos que pueden definirse con suficiente precisión: es necesario, pues, que la cuestión prejudicial deba ser decidida antes (en sentido lógico) de la cuestión prejuzgada, y que su solución sea potencialmente idónea para definir también a esta última (cfr. DENTI, *op. e loc. ult. cit.*). En el texto se califica como “lógica” esta noción de prejuicio para no contraponerla con una noción de prejuicio jurídico hipotéticamente diverso (debido a que plantea el compartir la tesis de DENTI, *ibidem*, según la cual es precisamente el prejuicio jurídico el que debe ser definido en los términos recordados ahora), sino para subrayar que la misma se funda en un nexo eminentemente lógico entre problemas, más que para distinguirla del concepto tradicional de prejuicio jurídico (respecto a lo cual véase la nota anterior), que resulta irrelevante desde el punto de vista que aquí nos interesa.

¹²² Por ejemplo, si el problema de prescripción es resuelto en sentido afirmativo, la solución al problema “implica” a la decisión sobre la demanda, que es inevitablemente de rechazo a prescribir el derecho alegado. Desde el aspecto de la motivación, el enunciado con el cual se declara rechazada la demanda es una consecuencia lógica del enunciado que declara haberse verificado la prescripción, lo que equivale a decir que el segundo constituye una directa justificación lógico-jurídica del primero. Se tiene una implicación en la medida en la que sería incongruente (desde el punto de vista lógico, más que jurídico) declarar existente el derecho después de haber declarado su prescripción.

¹²³ Retomando el ejemplo usado en la nota precedente, se trata de la hipótesis en la cual el juez declara que la prescripción no se ha verificado. En ese caso, no se tiene una implicación entre la solución de la cuestión prejudicial y la decisión sobre la demanda: por un lado, el haber excluido la prescripción no es una razón suficiente para que la demanda sea acogida (debiendo ésta fundarse *aliunde*, es decir, sobre hechos constitutivos); por el otro, no es contradictoria la no aceptación de la demanda que sea consecuencia del rechazo de la excepción de prescripción, siempre y cuando la demanda sea rechazada por motivos diversos de la prescripción del derecho. La exigencia de coherencia del contexto opera, en efecto, en el sentido de excluir la única hipótesis contradictoria, es decir, aquella en la que el juez, después de haber afirmado que la prescripción no se verificó, rechace la demanda porque está vinculada a un derecho que ha prescrito.

▪ La estructura racional del juicio y de la motivación ▪

¹²⁴ Ver *supra* nota 116, en torno a la eventual necesidad de una motivación específica sobre el punto.

¹²⁵ Sobre la distinción entre justificación interna y externa *cfr.* WRÓBLEWSKI, "Legal Decision and It's Justification", *cit.*, nota 113, pp. 412 y ss.; sobre la distinción entre justificación primaria y secundaria *cfr.* TEBALDESCHI, "Justification and Justice as Topics of the 'New Rethoric'", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n. 54, 1968, p. 91. En general sobre la exigencia por distinguir dos grados de justificación *cfr.* además SHUMAN, "Justification of Judicial Decisions", en *California Law Review*, n. 59, 1971, pp. 723 y ss.; WASSERSTROM, *op. cit.*, nota 18, pp. 138 y ss. En el mismo orden de ideas se plantea el análisis del procedimiento justificativo realizado a nivel general, pero con ejemplificaciones de naturaleza jurídica, por TOULMIN, *op. cit.*, nota 5, pp. 97 y ss., en donde se distingue entre la justificación de una inferencia con base en criterios adecuados (*warranting*) y la justificación de la asunción de dichos criterios (*backing of warrants*).

¹²⁶ *Cfr.*, con particular referencia a la necesidad de que se determinen las directrices de elección y las asunciones valorativas que ellas implican, WRÓBLEWSKI, *op. ult. cit.*, p. 414.

¹²⁷ Para un análisis bastante amplio del esquema lógico de la justificación de primer grado *cfr.* TOULMIN, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

¹²⁸ No resulta superfluo precisar que ello no presupone la adopción de una concepción logicista o formalista de la interpretación (sobre lo cual, véase, por ejemplo, TARELLO, "Formalismo jurídico", en *Diritto, enunciati, usi*, *cit.*, pp. 37 y ss.), si no por otra cosa, porque no se busca que la interpretación deba darse exclusivamente según operaciones lógicas (en efecto, véase *supra*, § 2, inciso b). Se afirma por el contrario que, cualquiera que haya sido el verdadero proceso interpretativo, la exigencia de motivación requiere que la interpretación de la norma esté justificada lógicamente con base en criterios hermenéuticos que el juez afirme haber usado; no se trata, pues, de lógica del procedimiento interpretativo, sino de lógica del discurso en el cual el resultado de ese procedimiento es justificado. Un problema diverso (respecto de aquél en el que propiamente recae el problema del formalismo) es el que tiene que ver con la naturaleza de los criterios hermenéuticos usados en una función justificativa. Se tendrá entonces una justificación lógica de la interpretación si el juez la funda sobre criterios meramente lógicos; se tendrá, al contrario, una justificación valorativa si el juez expresa los juicios de valor implícitos en el uso de dichos criterios, o que en todo caso están en la base de la elección interpretativa. En todo caso, se desprende que la condición mínima para que la justificación subsista es que sean enunciados, en todo caso, los principios interpretativos sobre los cuales se funda esa elección, debido a que su validez puede ser controlada únicamente en relación con tales principios (*cfr.* en el mismo sentido WRÓBLEWSKI, *op. ult. cit.*, p. 414; *id.*, "L'interprétation en droit: théorie et idéologie", *cit.*, nota 14, p. 62; *id.*, "Legal reasoning in legal interpretation", *cit.*, nota 39, p. 11).

¹²⁹ El rechazo de toda concepción intuicionista del juicio de hecho, y la adopción de un modelo lógico de naturaleza inductiva, evidentemente no carece de consecuencias en el plano de la motivación. Se deriva, ante todo, que la verificación de los hechos no puede considerarse justificada en todas aquellas ocasiones en las que no están expresados los datos cognoscitivos y las reglas de inferencia de las cuales aquella se deriva como una consecuencia lógicamente válida. También en este caso, como ocurre con las elecciones interpretativas (ver nota anterior), el problema de la justificación en primer grado no tiene que ver con la naturaleza de los criterios cognoscitivos y las razones de su uso, sino que se centra en el hecho de que, al haberse determinado los elementos de conocimiento y ciertos cánones de valoración, la enunciación del *factum probandum* se deriva de una

manera lógicamente correcta. De manera análoga, en todo caso, las elecciones cognoscitivas son válidas en la medida en la que son controlables con base en los datos y criterios de conocimiento enunciados en la motivación (cfr. WRÓBLEWSKI, "Legal Decision and It's Justification", cit., nota 113, p. 416; *id.*, "Facts in Law", cit., nota 60, pp. 162 y ss.).

¹³⁰ Cfr. GOTTLIEB, *op. cit.*, nota 12, pp. 71 y ss., 103 y ss., 159 y ss. De manera análoga cfr. WRÓBLEWSKI, "Legal reasoning in legal interpretation", cit., nota 39, pp. 26 y ss.; DOYLE, "Principles and Policies in the Justification of Legal Decision", en *Le raisonnement juridique, Actes du Congrès Mondial de Philosophie Sociale*, Bruselas, 1971, pp. 258 y ss.; JENKINS, "The Framework of Legal Decision-Making", *ibidem*, pp. 289 y ss. Sobre el error consistente en considerar que el escepticismo sobre la racionalidad del juicio deba implicar la negación de toda función de racionalización de las directrices de elección en el plano de la motivación (error que se deriva esencialmente de la negación de la distinción delineada en el texto), cfr. en particular WRÓBLEWSKI, *op. ult. cit.*, p. 27.

¹³¹ Cfr. AOMI, "The Regulative Function of Logic in Legal Decisions", cit., nota 6, pp. 195 y ss.

¹³² Dado que las máximas de la experiencia proporcionan usualmente criterios meramente inductivos (véase *supra*, § 2, inciso c), se reflejan sobre este punto las graves incertidumbres que, en el plano metodológico general, tienen que ver con el problema de la así llamada justificación de la inducción. Respecto de lo que nos interesa, sin embargo, no tiene relevancia la problemática general (sobre la cual cfr. STRAWSON, *op. cit.*, nota 115, pp. 320 y ss.; SKYRMS, *Choice & Chance. An Introduction to Inductive Logic*, Belmont, California, 1966, pp. 28 y ss.). Vale la pena, al contrario, subrayar que se admite de manera prevaleciente la validez lógica de la justificación inductiva de primer grado, es decir, la que funda sus conclusiones con base en criterios de naturaleza inductiva, al menos bajo el aspecto de su idoneidad para proporcionar un fundamento razonable para las elecciones de comportamiento (cfr. por ejemplo STRAWSON, *op. cit.*, nota 115, pp. 300 y ss.; SKYRMS, *op. cit.*, pp. 131 y ss.; KYBURG, *Probability and the Logic of Rational Belief*, Middletown, Connecticut, 1961, pp. 305 y ss.). Más incierta es la solución del problema de la justificación de segundo grado que es inherente a la asunción de los criterios sobre los cuales se funda la inferencia inductiva; en el sentido de que también en este nivel es posible una justificación lógica de tipo inductivo cfr. por otra parte KYBURG, *op. cit.*, pp. 310 y ss.

¹³³ De manera más amplia en relación con la fundación de los criterios de conocimiento fáctico, y a su variabilidad en función de factores culturales, ver TARUFFO, "Certezza e probabilità nelle presunzioni", cit., nota 61, c. 92.

¹³⁴ Al respecto, y para la distinción entre justificación legal y extralegal utilizada más adelante en el texto, cfr. TAMMELO-PROTT, "Legal and Extra-Legal Justification", en *J. Leg. Ed.*, n. 17, 1965, pp. 414 y ss.; TEBALDESCHI, *op. cit.*, nota 125, pp. 101 y ss.

¹³⁵ Se vuelve evidente la bipolaridad de la justificación valorativa, como lo es típicamente la justificación extralegal, en la cual coexisten un factor lógico, determinado por el hecho de que la elección de la norma debe estar fundada lógicamente sobre un juicio de valor, y un factor de "justicia material", determinado por el hecho de que dicho juicio está fundado si corresponde a los valores y a las finalidades de un cierto ambiente social. Para un análisis más amplio sobre el tema, ver *infra*, incisos d) y e). Aunque el segundo factor puede revestir una relevancia mayor bajo el perfil ideológico, en el plano del discurso justificativo tiene una relevancia esencial el primero. Que la justificación sea extralegal implica la referencia a valores externos a la norma, pero el hecho de que se trate de una justificación implica que, dado un juicio de valor, la elección de la norma esté racionalmente

▪ La estructura racional del juicio y de la motivación ▪

fundada en éste. Ello explica la afirmación de que, en relación con la estructura formal, la justificación extralegal es muy similar a la legal, dado que ambas implican una relación de coherencia de la elección que debe ser justificada, con un criterio justificador (cfr. TAMMELO-PROTT, *op. cit.*, pp. 416 y ss.).

¹³⁶ En particular sobre las directrices así llamadas de segundo grado o “de preferencia”, que condicionan la elección y la aplicación de los criterios interpretativos, y que por lo tanto representan el fundamento de la justificación de segundo grado, cfr. WRÓBLEWSKI, “L’interprétation en droit: théorie et idéologie”, cit., nota 14, p. 61. La distinción entre las dos categorías directrices tiene una relevancia esencial también en el análisis del discurso justificativo, además de en el procedimiento interpretativo. Ésta permite, en efecto, colocar en el ámbito de la justificación de primer grado los cánones hermenéuticos comunes que se suele incluir bajo el membrete de “lógica jurídica”, y de considerar que a este nivel se puede hablar de justificación lógicamente válida. Además, éste permite precisar que el momento estrictamente valorativo de la justificación es el de la justificación extralegal inherente a la elección y al modo de uso de esos cánones, debido a que es en este segundo nivel en donde emergen con importancia determinante las elecciones ideológicas del juez.

¹³⁷ La definición de racionalidad de la argumentación justificativa como “Herstellung eines Konsenses über die Vernünftigkeit einer Lösung” propuesta por ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit. nota 12, pp. 9 y *passim*, constituye el último intento articulado en esa dirección. Ella presupone además que sea considerado irrelevante el aspecto interno o contextual de la argumentación, y que sea tomado en consideración solamente el problema de la correspondencia de las elecciones valorativas del juez con los valores del auditorio que debería dar el “consenso”. Veremos al contrario (*infra* en el texto) que este es sólo uno de los aspectos bajo los cuales se plantea la cuestión de la racionalidad de la justificación, y que también el problema de la justificación de los juicios de valor debe ser planteada de manera prevalecte desde el punto de vista de la racionalidad contextual del argumento justificativo. La definición propuesta por Esser contiene, además, notables ambigüedades que permiten poner en duda su idoneidad para constituir un punto de vista exhaustivo; cfr. en este sentido KOCK, *Zur Rationalität richterlichen Entscheidens*, cit., pp. 201 y ss.

¹³⁸ En la base de este concepto de racionalidad se encuentra la concepción de la “razón” como síntesis de los principios inherentes a la rectitud de las operaciones intelectivas, típica de la tradición filosófica y científica (cfr. TAMMELO, *Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit*, cit., pp. 80 y ss.), según la cual la racionalidad de una argumentación debe ser ponderada esencialmente con los cánones que determinan su validez lógica.

¹³⁹ Bajo este aspecto, el criterio de valoración de la idoneidad de la justificación no es su estructura lógica o argumentativa, sino la correspondencia de sus contenidos, y particularmente de las elecciones de fondo que la misma implica, con una teoría o ideología de la justicia; cfr. ESSER, *op. ult., cit.*, pp. 139 y ss. Respecto al problema de la motivación, no resulta importante que dicha teoría o ideología pueda ser considerada en sí como racional. Dicha calificación tiene que ver con la definición teórica o ideológica de la justicia y de los otros valores que le están vinculados o que le son instrumentales, pero que no incide sobre la función que la remisión a ellos tiene sobre el plano del discurso justificativo. La motivación no es “materialmente” racional en tanto se funde sobre valores definibles a priori como “conformes a la razón”; ello sería coherente con una concepción jusnaturalista que se mantiene extraña a la problemática que aquí se

discute. La motivación es definible, por el contrario, como “materialmente justa” o “racional”, en la medida en la que las elecciones y las orientaciones ético-políticas que en ella expresa el juez corresponden a los valores del ambiente social; cuando ello ocurre —pero la verificación es sólo posible a posteriori— se puede decir que la motivación es racional porque sus premisas valorativas no son negadas o contestadas. Sobre la necesidad de que en torno a la motivación de la sentencia sea realizado un control de este tipo *cfr.* ESSER, *op. ult., cit. loc. ult. cit.*; LEGAZ Y LACAMBRA, “Justification de la décision en droit”, en *Le raisonnement juridique, Actes du Congrès Mondial de Philosophie Sociale*, Bruselas, 1971, p. 300.

¹⁴⁰ Por lógica de lo razonable entendemos la lógica del razonamiento “práctico”, no entendida, sin embargo, en el sentido perelmaniano de mera argumentación persuasiva, sino en el sentido, aclarado especialmente por la filosofía moral inglesa de derivación analítica, de lógica de la deliberación racional y de su justificación. Sobre los conceptos de *practical* o *prudential judgment* y su análisis estructural *cfr.* GAUTHIER, *Practical Reasoning. The Structure and Foundations of Prudential and Moral Arguments and their Exemplification in Discourse*, reimp., Oxford, 1966, especialmente pp. 9 y ss., 43 y ss., 155 y ss.; GOTTLIEB, *op. cit.*, nota 12, pp. 14 y ss., 23 y ss., 66 y ss.

¹⁴¹ Los análisis dedicados a los modos típicos de la argumentación jurídica son regularmente escasos por lo que hace a la individuación de los errores lógicos en los cuales ella puede incurrir. Para un análisis bastante exhaustivo al respecto *cfr.* por otra parte, SCHNEIDER, *Logik für Juristen. Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung*, Berlín-Frankfurt am Main, 1965, pp. 217 y ss. La necesidad y la posibilidad de una “teoría de los errores” de la argumentación jurídica tiene una notable importancia, frecuentemente no reconocida adecuadamente, desde el punto de vista metodológico general; si en efecto, se puede reconocer que los *argumenta* jurídicos no sean lógicos en sentido estricto (en ese sentido TARELLO, “I ragionamenti dei giuristi tra teoria logica e teoria dell'argomentazione”, *cit.*, nota 1, pp. 426 y ss., véase en sentido opuesto KALINOWSKI, “Philosophie et logique de l'interprétation en droit. Remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens”, *cit.*, nota 40, p. 47), la posibilidad de individuar los motivos de invalidez (*lato sensu*) lógica impide en todo caso su reducción al rango de meras argumentaciones retóricas. Por otra parte, debe subrayarse que, al menos en línea de principio, los argumentos tradicionales pueden ser vistos como premisas de inferencias lógicas inductivas *cfr.* en ese sentido HOROVITZ, *La logique et le droit*, *cit.*, p. 49.

¹⁴² *Cfr.* PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it., Turín, 1966, pp. 19 y ss., 48 y ss. y *passim*. Debe subrayarse que el análisis de Perelman de los tipos y de las formas de argumentación retórica prescinde completamente de toda consideración relativa a la validez del argumento, y está dirigida exclusivamente a la individuación de aquellos argumentos, y de sus modalidades de uso, que presentan precisamente una mayor eficacia persuasiva (resulta indicativo al respecto el análisis de las formas de discurso que Perelman realiza, *ibidem*, pp. 157 y ss.).

¹⁴³ Frente a esta constatación, es meramente veleidosa la afirmación de la exigencia de que las conclusiones retóricas deban ser lógicamente posibles, y que su eficacia persuasiva no dependa de vicios lógicos (*cfr.* STONE, “Reasons and Reasoning in Judicial and Juristic Argument”, en *Ruth. Law Review*, n. 18, 1964, p. 772). En efecto, o se admite que la argumentación retórica deba respetar determinadas condiciones lógicas, pero ello prescinde completamente del aspecto de la eficacia persuasiva, e implica el trasladar la argumentación al menos a un nivel cuasi lógico (lo que al contrario es posible sólo para

▪ La estructura racional del juicio y de la motivación ▪

un sector limitado de argumentos, y en todo caso no tiene ninguna relevancia bajo el aspecto teórico; *cfr.* PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, nota 142, pp. 203 y ss.); o bien, si se hace referencia en el momento de la eficacia persuasiva no tiene ninguna relevancia el aspecto de su validez o invalidez lógica.

¹⁴⁴ Sobre el uso de dicha fórmula, prevaleciente en la simbología de la lógica inductiva, *cfr.* CARNAP, *Logical Foundations of Probability*, 2a. ed., Chicago, 1951, pp. 24, 138 y ss.

¹⁴⁵ La fórmula es equivalente, y retoma la terminología y los símbolos, de la propuesta por TOULMIN, *op. cit.*, nota 5, p. 99.

¹⁴⁶ *Cfr.* AOMI, "The Regulative Function of Logic in Legal Decisions", *cit.*, nota 6, pp. 195 y ss.

¹⁴⁷ *Cfr.* SCHNEIDER, *cit.*, nota 141, p. 103.

¹⁴⁸ Para ejemplos de interpretación deductiva *cfr.* ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, *cit.*, nota 22, p. 16. En general sobre la doctrina deductiva de la interpretación véase *ante*, cap. IV, § 1. En el nivel del discurso justificativo, el uso de criterios hermenéuticos en función de premisas deductivas representa una de las características peculiares del estilo "lógico" sobre el cual véase *infra*, inciso f).

¹⁴⁹ Sobre la distinción entre directrices lingüísticas, sistémicas y funcionales, *cfr.* WRÓBLEWSKI, "L'interprétation en droit: théorie et idéologie", *cit.*, nota 14, p. 60.

¹⁵⁰ La configuración inductiva de la justificación, según la cual ésta consiste en proporcionar razones que confirmen lo atendible de una hipótesis interpretativa, permite precisar en qué consiste el núcleo de la justificación del enunciado interpretativo. Por un lado, el "fundamento" o la "confirmación" que le es atribuida a dicho enunciado no equivale a la certeza deductiva de la conclusión "demostrada". Se puede hablar, por el contrario de "aprobación", más o menos amplio dependiendo del número y de la naturaleza de los elementos interpretativos de los que hace uso el argumento, que puede ser completo incluso sin equivaler a una prueba deductiva, o incompleto cuando proporciona a la hipótesis un grado menos intenso de fundamento racional (*cfr.* al respecto STRAWSON, *op. cit.*, nota 115, pp. 300 y ss.). La base de la justificación consta pues de *warrant statements* (sobre lo cual véase ampliamente FOGELIN, *Evidence and Meaning. Studies in Analytic Philosophy*, London, 1967, pp. 9 y ss.), que expresan el *evidential backing* disponible para el enunciado que debe ser justificado. Por otro lado, el grado de confirmación lógica que la justificación inductiva proporciona a un enunciado no debe ser confundido o reducido al grado de "fuerza" persuasiva que un argumento o un cúmulo de argumentos pueden tener en el sentido de suscitar el consenso del auditorio sobre el mismo enunciado (sobre lo cual véase PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, nota 142, pp. 483 y ss.). El primer concepto tiene que ver, en efecto, con la forma lógica del argumento y la base racional que éste proporciona a lo atendible de la hipótesis, mientras que el segundo tiene que ver sólo con el diverso perfil de la eficacia retórica de la argumentación. La distinción entre *warrant statements* como bases de justificación lógica y *arguments* como instrumentos de persuasión retórica es claramente formulada por FOGELIN, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

¹⁵¹ Sobre la distinción entre las dos hipótesis *cfr.* de manera más amplia TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, *cit.*, nota 28, pp. 192 y ss.; *id.*, "Certezza e probabilità nelle presunzioni", *cit.*, nota 61, c. 87 y ss.

¹⁵² En realidad, la justificación de un enunciado fáctico requiere frecuentemente de una serie de inferencias inductivas concatenadas entre sí. El caso típico es aquél en el cual el *factum probans* (= *ec* en la terminología utilizada en el texto) es expresado por un enunciado que debe ser justificado a su vez de manera inductiva. En ese caso, el

enunciado inherente a (ec) representa una hipótesis ulterior (h) que debe ser confirmada con base en otros elementos ($= ec^n + m^n$) y es atendible en la medida en la que éstos le atribuyan un fundamento racional suficiente. Para un análisis más amplio de esta situación ver TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., nota 28, pp. 164 y ss.

¹⁵³ No se considera, dada su escasa relevancia en el conjunto, una cuarta hipótesis, en la cual exista una norma que fije de manera vinculante la directriz hermenéutica que el juez debe usar. Respecto a la verificación de los hechos, la hipótesis equivalente es la de las normas de prueba legal, que fijan el criterio al cual el juez debe atenerse al establecer la “verdad” de hecho. En estos casos, se puede hablar de justificación legal, es decir, fundada en la remisión a la norma que determina el criterio que debe usarse en la justificación de primer grado. Es evidente por otra parte que con ello el problema no se agota, debido a que también esa norma debe ser interpretada, y también las elecciones del juez al respecto deben ser justificadas. Sobre la situación de determinación normativa de las directrices de primer grado *cfr.* WRÓBLEWSKI, “Legal Decision and It’s Justification”, cit., nota 113, pp. 414 y ss.

¹⁵⁴ *Cfr.* HORN, “Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens”, cit., nota 47, p. 607.

¹⁵⁵ Este tipo de argumentación no coincide con el argumento teleológico familiar para la hermenéutica tradicional, según el cual la norma debe ser interpretada en función de los fines perseguidos por el legislador (*cfr.* TARELLO, “I ragionamenti dei giuristi tra teoria logica e teoria dell’argomentazione”, cit., nota 1, p. 429), en la medida en la que hace referencia no en el fin que se presupone implícito en la norma, sino en el resultado interpretativo que el juez persigue con la adopción de un determinado criterio hermenéutico. El argumento teleológico tradicional debe ser considerado más bien como una manifestación, que no es la única, de la justificación teleológica a la que se hace referencia en el texto.

¹⁵⁶ Sobre el concepto de *Zweckrationalität* que subyace a este tipo de justificación *cfr.* ampliamente ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit. nota 12, pp. 62 y ss., 141 y ss.

¹⁵⁷ *Cfr.* GAUTHIER, *op. cit.*, nota 140, pp. 25, 155 y ss. Para la configuración lógica del argumento teleológico *cfr.* en particular WEINBERGER, *Rechtslogik. Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken*, cit., nota 44, pp. 291 y ss.

¹⁵⁸ Lo que se dice en el texto implica una serie de asunciones que no pueden ser desarrolladas y justificadas adecuadamente en este espacio. Es oportuno, sin embargo, enunciarlas al menos como hipótesis, en la medida en la que constituyen condiciones necesarias de validez del modelo de justificación valorativa utilizado en el texto. Las hipótesis en cuestión son las siguientes: 1) independientemente de la manera en la que se configura la naturaleza del juicio de valor, éste hace referencia a un enunciado susceptible de justificación racional; 2) existe una lógica del discurso valorativo, que define las condiciones de validez de ese discurso y constituye su estructura justificativa; 3) dicha lógica (modal, normativa) es distinta de la lógica de las proposiciones así llamadas apofánticas, pero es a su vez “formal” o “formalizabile”; 4) la lógica de los juicios de valor no coincide con la argumentación retórica y, en consecuencia, el control sobre la validez del juicio de valor no equivale a la constatación de la eficacia persuasiva del discurso que lo expresa; 5) se tiene racionalidad de la justificación del juicio de valor en la medida en que éste esté fundado en una argumentación lógicamente válida y controlable; 6) no es justificable lógicamente la asunción del valor-base sobre el que se funda el juicio; 7) vale la distinción entre juicio de hecho y juicio de valor, y vale el principio de la imposibilidad para derivarse recíprocamente. Para la discusión de estos puntos, *cfr.* en general, además de las obras que serán citadas en las notas siguientes, CARCATERRA, *Il problema della fallacia*

▪ La estructura racional del juicio y de la motivación ▪

naturalistica, Milán, 1969; SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milán, 1962; CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, cit., nota 48, pp. 75 y ss.; MATZ, *Rechtsgefühl und objektive Werte. Ein Beitrag zur Kritik des wertethischen Naturrecht*, cit., nota 103, pp. 23 y ss., 81 y ss.; EDWARDS, *The Logic of Moral Discourse*, Nueva York, 1965, pp. 139 y ss.; FOGELIN, *Evidence and Meaning. Studies in Analytic Philosophy*, cit., nota 150, pp. 118 y ss.; HARE, *Libertà e ragione*, trad. it., Milán, 1971; HALL, *What is value? An Essay in Philosophical Analysis*, Nueva York, 1961.

¹⁵⁹ Lo que presupone la distinción entre elección o asunción del valor que opera como criterio de valoración y de juicio de valor como valoración realizada de acuerdo con ese criterio, es decir, como atribución de un predicado de naturaleza axiológica a un objeto. Sobre los problemas inherentes a la definición del juicio de valor como adscripción de una calificación valorativa, *cfr.* FOGELIN, *op. cit.* nota 150, pp. 139 y ss.; TAYLOR, *Normative Discourse*, cit., pp. 48 y ss.

¹⁶⁰ Ello implica el rechazo de la opinión prevaleciente, según la cual el área de los juicios de valor y de su justificación coincidiría integralmente con la de la argumentación retórica (*cfr.* sobre los términos de esa opinión en el pensamiento de Perelman, GIANFORMAGGIO BASTIDA, *Gli argomenti di Perelman dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Milán, 1973, pp. 86 y ss.). En un sentido análogo a las tesis de Perelman *cfr.* TAMMELO, "Logic as an Instrument of Legal Reasoning", cit., nota 26, pp. 92 y ss.; *id.*, *Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit*, cit., pp. 121 y ss.). En efecto, la única fase del procedimiento valorativo que solamente resulta plausible de una justificación retórico-persuasiva es la que tiene que ver con la asunción del valor-guía destinado a constituir el criterio de la valoración (ver nota precedente), mientras es posible concebir una justificación racional contextual de la valoración, entendida como "aplicación" de ese valor a un objeto o a una situación concreta (ver *infra* en el texto). La afirmación de que la configuración retórica de los juicios de valor es necesaria por causa de la falta de una lógica de los valores (*cfr.* PERELMAN, "Droit, philosophie et argumentation", en *Handelingen van de vereniging voor wijsbegeerte des rechts*, n. LV, 1971, pp. 4 y ss.) es falsa y ambigua. Es falsa porque en realidad una lógica (o varias lógicas) de los juicios de valor existe, o al menos existen doctrinas que aclaran la estructura lógica de la valoración y de las argumentaciones justificativas relativas. Entonces, la aserción de Perelman significa solamente que él prefiere no hacerse cargo de esas doctrinas (en la medida en la que éstas contrastan con las tesis de fondo de la *Nouvelle Rhétorique*). La afirmación examinada es, además, ambigua, porque confunde la lógica de los valores y la lógica de los juicios de valor, deduciendo indebidamente la falta de la segunda de lo inatendible de los presupuestos ontológicos de la primera.

¹⁶¹ *Cfr.* TAYLOR, *Normative Discourse*, cit., pp. 77 y ss.

¹⁶² *Cfr.* FEIGL, "Validation and Vindication; An Analysis of the Nature and the Limits of Ethical Arguments", en *Readings in Ethical Theory*, W. Sellars and J. Hospers eds., Nueva York, 1952, pp. 667 y s.; *id.*, "De Principiis non Est Disputandum", en *Philosophical Analysis*, M. Black ed., Ithaca, Nueva York, 1950, pp. 22 y ss.; TEBALDESCHI, *op. cit.*, nota 125, pp. 90 y ss.; TAYLOR, *Normative Discourse*, cit., pp. 80 y ss.

¹⁶³ En particular sobre la estructura lógica de la validación *cfr.* TAYLOR, *op. cit.*, pp. 84 y ss.

¹⁶⁴ *Cfr.* FEIGL, *opp. citt.*, *locc. cit.*; TAYLOR, *op. cit.*, pp. 125 y ss.

¹⁶⁵ Sobre el concepto de elección racional inherente a sistemas de valores *cfr.* TAYLOR, *op. cit.*, pp. 151 y ss.

¹⁶⁶ *Cfr.* MIMIN, *Le style des jugements*, 4ª ed., París, 1970, pp. 185 y ss.

¹⁶⁷ Cfr. WETTER, *The Styles of Appellate Judicial Opinions*, Leyden, 1960, pp. 16 y ss., 13 y ss. Incluyendo amplias ejemplificaciones; SCHMIDT, "The *Ratio Decidendi*. A Comparative Study of a French, a German, and an American Supreme Court Decision", en *Acta Instituti Upsaliensis Iurisprudentiae Comparativae*, n. VI, Uppsala, 1965. En general sobre las características distintivas entre la forma de la sentencia en la *Common law* y en la *Civil law*, cfr. VON MEHREN, "The Judicial Process in the United States and Germany. A Comparative Analysis", en *Festschr. Für E. Rabel*, Tübingen, 1954, pp. 74 y ss.; *id.*, "The Judicial Process: A Comparative Analysis", en *American Journal of Comparative Law*, n. 5, 1956, pp. 199 y ss.; *id.*, "Il procedimento dell'attività decisoria negli Stati Uniti e in Francia", en *Jus*, 1953, pp. 71 y ss.; GORLA, "La struttura della decisione giudiziale nel diritto italiano e nella "common law"", cit., pp. 1242 y ss.

¹⁶⁸ Cfr. WETTER, *op. cit.*, pp. 46 y ss. y *passim*; SCHMIDT, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

¹⁶⁹ Cfr. por ejemplo WETTER, *op. cit.*, p. 43, y en sentido crítico SCHMIDT, *op. cit.*, p. 3, nota 1.

¹⁷⁰ Cfr. WETTER, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

¹⁷¹ Para subrayar esa diferencia cfr. WETTER, *op. cit.*, pp. 16 y ss., 32 y ss.; SCHMIDT, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

¹⁷² La fórmula usada por WETTER, *op. cit.*, p. 45: "Style creates atmosphere. Atmosphere, conversely, creates style", tiene escaso significado bajo un aspecto genéricamente estético, pero tendría mayor eficacia si por atmósfera se entendiera la actitud ideológica, latente o manifiesta, del juez o de la magistratura en general.

¹⁷³ Cfr. ESSER, *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil*, cit., pp. 5 y ss.; RASEHORN, "Justiz und Rechtswirklichkeit", en *DRiZ*, 1964, p. 227; *id.*, "Rechtsfindung und Gerichtspraxis", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1972, pp. 83 y ss.; BELLUSSI, "La justification en droit", en *Le raisonnement juridique, Actes du Congrès Mondial de Philosophie Sociale*, Bruselas, 1971, pp. 229 y ss.; SCHMIDT, *op. cit.*, pp. 15 y ss. Para una distinción análoga entre *Grand Style* y *Formal Style* en la jurisprudencia norteamericana cfr. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, Boston-Toronto, 1960, pp. 36 y ss., 64 y ss.

¹⁷⁴ Una hipótesis típica y frecuente consiste en fundar la argumentación justificativa en el supuesto ficticio de que haya una sola norma (de un solo significado) aplicable al caso, mientras que en realidad existen otras (que permiten una configuración jurídica diversa de la controversia), y en la correlativa ficción de que el juez no ha cumplido ninguna elección al respecto, sino que se limitó a tomar en cuenta la "necesidad" de una cierta solución. Al respecto cfr. STONE, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, cit., nota 4, pp. 293 y ss.

¹⁷⁵ Sobre cómo prevalecen estos elementos en el estilo sueco, alemán y francés, cfr. WETTER, *op. cit.*, pp. 16 y ss., 26 y ss., 28 y ss.; SCHMIDT, *op. cit.*, pp. 9 y ss. Sobre los componentes ideológicos de este estilo cfr. en general DENTI, *Per il ritorno al "voto di scissura"*, cit., pp. 11 y ss.

¹⁷⁶ Sobre cómo prevalecen estos elementos en el estilo inglés y americano cfr. WETTER, *op. cit.*, pp. 32 y ss., 35 y ss. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 17.

¹⁷⁷ Sobre este punto, cfr. aspectos generales en SCHMIDT, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

¹⁷⁸ Cfr. RASEHORN, "Justiz und Rechtswirklichkeit", cit., *loc. cit.*

¹⁷⁹ Es significativa al respecto, la imagen del legislador justo, coherente, razonable y no redundante, además de riguroso, sistemático y exhaustivo, que emerge de las actitudes interpretativas tradicionales expresadas en las motivaciones; cfr. al respecto BOBBIO, "Le bon législateur", en *Le raisonnement juridique, Actes du Congrès Mondial de Philosophie Sociale*, Bruselas, 1971, pp. 243 y ss.

▪ La estructura racional del juicio y de la motivación ▪

¹⁸⁰ Cfr. BLACKSTONE, "Criteria of Adequacy for Judicial Reasoning", en *Le raisonnement juridique, Actes du Congrès Mondial de Philosophie Sociale*, Bruselas, 1971, pp. 235 y ss.; DOYLE, "Principles and Policies in the Justification of Legal Decision", cit., nota 130, p. 267; GOTTLIEB, *op. cit.*, nota 12, pp. 132 y ss., 161 y ss.; GOLDING, "Principled Decision-Making and the Supreme Court", en *Essays in Legal Philosophy*, R. S. Summers ed., Oxford, 1968, pp. 208 y ss.; MILLER, *On the Choice of Major Premises in Supreme Court Opinions*, cit., nota 32, pp. 256 y ss., 265. En el origen de esta postura reside un famoso texto de WECHSLER, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", en *Harvard Law Review*, n. 73, 1959, pp. 1 y ss. y en *id.*, *Principles, Politics and Fundamental Law*, Cambridge, Massachusetts, 1961, pp. 3 y ss.

¹⁸¹ Bajo este aspecto resalta en particular la afirmación de la exigencia de *neutrally principled opinions*, funcional, además de la posibilidad de prever la solución de casos futuros, esencialmente para la posibilidad de controlar la coherencia de la decisión con principios generales uniformes, y por lo tanto su imparcialidad. Sobre el amplio debate abierto en los Estados Unidos en torno a este tipo de problemas cfr. WECHSLER, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", cit., nota 180; *id.*, "The Nature of Judicial Reasoning", en *Law and Philosophy. A Symposium*, S. Hook ed., Nueva York, 1964, pp. 290 y ss.; HENKIN, "Neutral Principles and Future Cases", en *Law and Philosophy. A Symposium*, S. Hook ed., Nueva York, 1964, pp. 301 y ss.; MUELLER-SCHWARTZ, "The Principle of Neutral Principles", en *UCLA Law Review*, n. 7, 1960, pp. 571 y ss.; MILLER-HOWELL, "The Myth of Neutrality in Constitutional Adjudication", en *University of Chicago Law Review*, n. 27, 1960, pp. 661 y ss.; POLLAK, "Constitutional Adjudication: Relative or Absolute Neutrality", en *J. Publ. L.*, n. 11, 1962, pp. 48 y ss.; SHAPIRO, "The Supreme Court and Constitutional Adjudication: of Politics and Neutral Principles", en *George Washington Law Review*, n. 31, 1963, pp. 587 y ss. No han faltado críticas encaminadas a evidenciar el componente conservador intrínseco en la referencia a los *neutral principles*, y enfocadas a reivindicar la exigencia de que la Suprema Corte no realice necesariamente elecciones "neutrales"; cfr. en ese sentido WRIGHT, "The Supreme Court Cannot Be Neutral", en *Texas Law Review*, n. 40, 1962, pp. 599 y ss.; CLARK, "A Plea for the Unprincipled Decision", en *Virginia Law Review*, n. 49, 1963, pp. 35 y ss. Un intento por superar las tesis contrapuestas es realizado por SNORTLAND-STANGA, "Neutral Principles and Decision-Making Theory: An Alternative to Incrementalism", en *Geo. Wash. Law Review*, n. 41, 1973, pp. 1006 y ss., en donde se propone una versión más articulada de las tesis de Wechsler en el así llamado *mixed-scanning model*.

¹⁸² Cfr. DOYLE, "Principles and Policies in the Justification of Legal Decision", cit., nota 130, pp. 263 y ss.

¹⁸³ Cfr. MÜLLER, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlín, 1966, pp. 71 y ss. Una exigencia análoga ha sido evidenciada recientemente también en Francia: cfr. TOUFFAIT y TUNG, "Pour une motivation plus explicite des décisions de justice et notamment de celles de la Cour de Cassation", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1974, pp. 487 y ss.

¹⁸⁴ Cfr. MÜLLER, *op. cit.*, nota 183, pp. 69 y ss. En el mismo orden de ideas véase también ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit., nota 12, pp. 163 y ss.; *id.*, *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil*, cit., pp. 5 y ss.; BELLUSSI, *op. cit.*, nota 173, pp. 231; LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, nota 139, p. 300; WEILER, "Legal Values and Judicial Decision-Making", en *Canadian Bar Review*, n. 48, 1970, p. 17.

¹⁸⁵ Cfr. MÜLLER, *op. cit.*, nota 183, p. 74.

¹⁸⁶ Cfr. DENTI, *op. ult. cit.*, pp. 18 y ss.; ANDRIOLI, "Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte Costituzionale", en *Rivista Trimestrale di Diritto Procedura Civile*, 1962, pp. 529 y ss.

¹⁸⁷ Cfr. DENTI, "La Corte Costituzionale e la collegialità della motivazione", en *Rivista di diritto processuale*, 1961, p. 436. Además sucede también en la Suprema Corte de los Estados Unidos, en donde la motivación no es una función colegiada, y están admitidos los *dissenting* y las *concurring opinions*, que la motivación sea "negociada desesperadamente" entre los jueces (cfr. MILLER, *On the Choice of Major Premises in Supreme Court Opinions*, cit., nota 32, p. 257; BICKEL-WELLINGTON, "Legislative Purpose and the Judicial Process. The Lincoln Mills Case", en *Harvard Law Review*, n. 71, 1957, p. 3), con efectos análogos.

¹⁸⁸ Cfr. TAMMELO-PROTT, *Legal and Extra-Legal Justification*, cit., nota 134, p. 417.

¹⁸⁹ Sobre el uso distorsionado de esa regla cfr. TARELLO, "Orientamenti analitico-linguistici e storia dell'interpretazione giuridica", cit., nota 33, p. 407.

¹⁹⁰ Cfr. PERELMAN, "Droit, philosophie et argumentation", cit., nota 160, p. 8, quien aplica al respecto la noción de auditorio definida a nivel general en PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, nota 142, pp. 19 y ss.

¹⁹¹ Para esta distinción cfr. PINCOFFS, "The Audiences of the Judge", en *Le raisonnement juridique, Actes du Congrès Mondial de Philosophie Sociale*, Bruselas, 1971, pp. 337 y ss. Desde el punto de vista que nos interesa, el "destinatario" específico, constituido por el juez de la impugnación, no asume una posición autónoma; al respecto emergen tanto los factores de rectitud y de idoneidad de la decisión que son relevantes en relación con las partes, como los factores dogmático-científicos que tienen importancia en relación con la clase de los juristas.

¹⁹² El elemento de la "rectitud" de la decisión (sobre el cual véase PINCOFFS, *op. cit.*, *loc. cit.*) no es importante de por sí, sino en relación con el interés de las partes en relación con determinados aspectos o contenidos de la decisión.

¹⁹³ Sobre las características peculiares de este tipo de razonamiento justificativo, y sobre el papel que juega en él la argumentación sistemática, cfr. ESSER, *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil*, cit., pp. 14 y ss. En particular sobre la finalidad de demostración de la coherencia de la decisión con los precedentes en el sistema de la *common law* cfr. LLOYD, "Reason and Logic in the Common Law", en *Law Quarterly Review*, n. 64, 1948, p. 476.

¹⁹⁴ Cfr. PINCOFFS, *op. cit.*, *loc. cit.*; ESSER, *op. ult. cit.*, pp. 20 y ss.

¹⁹⁵ En relación con esa hipótesis, cfr. ampliamente LUPOI, "Pluralità di 'rationes decidendi' e precedente giudiziale", en *Quaderni del Foro Italiano*, 1967.

¹⁹⁶ Sobre la definición del concepto cfr. en general SCHLÜTER, *Das Obiter Dictum. Die Grenzen höchststrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*, Munich, 1973, pp. 77 y ss., 105 y ss. La definición amplia que es usada *infra* en el texto, según la cual es *obiter dictum* todo aquello que en el contexto de la motivación no hace parte de una argumentación justificativa específica o no constituye un elemento dotado de una función justificativa autónoma, es más genérica, y sustancialmente diversa, de la noción de *obiter dictum* que caracteriza a la doctrina angloamericana del precedente (según la cual es *obiter dictum* aquello que no tiene una eficacia vinculante de acuerdo con los principios del *stare decisis*; cfr. CROSS, *Precedent in English Law*, 2ª ed., Oxford, 1968, pp. 36, 80 y ss.).

▪ La estructura racional del juicio y de la motivación ▪

¹⁹⁷ Para ejemplificaciones *cfr.* LUPOLI, *op. cit.*, nota 196; SCHLÜTER, *op. cit.*, nota 197, pp. 129 y ss.

¹⁹⁸ Sobre esta hipótesis *cfr.* CROSS, *op. ult. cit.*, p. 87.

¹⁹⁹ *Cfr.* SCHLÜTER, *op. cit.*, nota 197, pp. 144 y ss.

²⁰⁰ Sobre el componente tópico de la pluralidad de justificaciones *cfr.* HORN, "Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens", *cit.*, nota 47, p. 604.

²⁰¹ Se trata, en efecto, de un caso de un conjunto de argumentaciones destinado a volver más intensa la fuerza persuasiva de la justificación entendida en su conjunto. En general, sobre el fenómeno, considerado desde el punto de vista retórico, *cfr.* PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, nota 142, pp. 493 y ss.

²⁰² Sobre la naturaleza puramente retórico-persuasiva del *obiter dictum* *cfr.* SARTORIOUS, "The Doctrine of Precedent and the Problem of Relevance", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n. 53, 1967, p. 346.

²⁰³ Sobre la hipótesis examinada *cfr.* PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

²⁰⁴ Para un análisis más amplio de las manifestaciones del fenómeno en las diversas fases de la argumentación justificativa *cfr.* SCHLÜTER, *op. cit.*, nota 197, pp. 124 y ss.

²⁰⁵ Bajo este aspecto, debe ser definida como un *obiter dictum* puramente persuasivo la argumentación consistente en poner en evidencia la oportunidad de una solución, haciendo referencia a las consecuencias negativas que derivarían de la solución contraria. Este tipo de argumentación no proporciona, en efecto, una justificación suficiente y directa de la solución que de hecho es aceptada (en un sentido opuesto véase BODENHEIMER, "A Neglected Theory of Legal Reasoning", *cit.*, nota 32, p. 384).

²⁰⁶ Al respecto, parece que deba ser excluida la posibilidad de equiparar un argumento de persuasivamente "fuerte" con la justificación lógica (*cfr.* SINCLAIR, "Legal Reasoning: In Search of an Adequate Theory of Argument", *California Law Review*, n. 59, 1971, pp. 847 y ss.; en sentido contrario *cfr.* STONE, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, *cit.*, nota 4, pp. 327 y ss.). Con referencia a la situación delineada en el texto, el problema debe ser enfrentado, sin embargo, desde un punto de vista diverso. En efecto, cuando se trata de reivindicar la asunción de un valor-guía como presupuesto del juicio, no se plantea ni siquiera la alternativa entre la justificación lógica y argumentativa, y es posible, al contrario, solamente la segunda. Tratándose entonces de una hipótesis en la cual la argumentación persuasiva representa la forma típica y exclusiva de la justificación, es necesario reconocer que ésta puede constituir, en la medida en la que sea adecuadamente "fuerte", una justificación suficiente.

CAPÍTULO VI

LA OBLIGACIÓN DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA CIVIL

SUMARIO: 1. Perfiles históricos, *a.* La obligación de motivación en las reformas del siglo XVIII en Europa, *b.* Evolución del problema en las codificaciones del siglo XIX, *c.* Apuntes sobre la motivación en la historia de los ordenamientos de la *common law*; 2. Perfiles comparados, *a.* Ordenamientos de la *civil law*, *b.* Ordenamientos de los países socialistas, *c.* Ordenamientos de la *common law*; 3. La obligación de motivación en la norma ordinaria: artículo 132, n. 4 cod. proc. civ., *a.* La *ratio* de la obligación ante las partes, *b.* La *ratio* de la obligación hacia el juez de la impugnación, *c.* Obligación de motivación y función de la casación, *d.* Límites de la concesión endoprocesal de la motivación; 4. El principio constitucional de obligatoriedad de la motivación: artículo 111, primer apartado, de la Constitución, *a.* Incidencia del principio sobre la normativa ordinaria; el problema del decreto, *b.* El principio en el sistema de los principios constitucionales sobre la jurisdicción, *c.* Significado ideológico del principio: la exigencia de controlabilidad difusa sobre la administración de justicia; 5. Problemas de aplicación del principio de obligatoriedad de los motivos, *a.* Crítica del criterio general propuesto por la jurisprudencia, *b.* El problema de la motivación *per relationem*, *c.* El problema de la motivación implícita, *d.* Cuestiones en materia de motivación del juicio de facto, *e.* El principio de completitud de la motivación; 6. Efectos de la violación de la obligación de motivación, *a.* La motivación como requisito de estructura de la medida jurisdiccional, *b.* Nulidad e inexistencia de la sentencia que adolece de motivación, *c.* El “contenido mínimo necesario” de la motivación.

1. PERFILES HISTÓRICOS

La difusión, y en muchos casos, el origen del principio de obligatoriedad de la motivación en los ordenamientos procesales de Europa Continental¹ es un fenómeno que se ubica en la segunda mitad del siglo XVIII. Se trata, por otra parte, de una ubicación solamente aproximativa, dado que no vale para todos los ordenamientos; además, no podemos siquiera considerar que se trata de un mismo fenómeno que tiene lugar a nivel europeo, debido a la variedad de soluciones que tiene en los sistemas procesales particulares; ni tampoco podemos ofrecer una explicación unitaria del mismo en el plano histórico-político, debido a la diferencia en los fines que los diversos legisladores persiguieron al imponerle a los jueces civiles la obligación de motivar sus decisiones.

Por lo tanto, la afirmación antes expuesta tiene una indiscutible utilidad orientativa, pero su alcance termina suscitando más problemas de los que resuelve, aun cuando nos permite identificar en la segunda mitad del siglo XVIII el origen de la institución, en términos análogos a los que surgen en el ámbito de los ordenamientos procesales modernos.

A este respecto, es oportuno precisar que la obligación de motivación no presenta connotados históricos coincidentes con los de la práctica inherente a la motivación de la sentencia civil. Incluso si ignoramos el macroscópico ejemplo de los ordenamientos del *common law*, en los que la práctica relativamente generalizada de la motivación convive con la ausencia de una obligación impuesta al juez, no faltan ejemplos en los que una práctica análoga se manifestó mucho antes de que la obligación de motivación se impusiera al legislador y, como sea, por fuera de toda reglamentación normativa específica del fenómeno. Para mencionar solamente algunos casos, basta con recordar, en Italia, muchas de las sentencias pronunciadas por los jueces Longobardi, que, incluso para los estándares modernos, parecen estar debidamente motivadas² o las sentencias pisanas del siglo XII,³ en las que, a veces, encontramos una motivación que va más allá del rígido formalismo que se ha consolidado en la práctica.⁴ El ejemplo más interesante, y que tiene mayor relevancia en términos generales, es el de la práctica de los llamados Grandes Tribunales, en los que se consolida el uso de motivaciones “cultas” y extremadamente articuladas, especialmente en función de la solución de la *quaestio iuris*.⁵ En Alemania son muy significativos los pronunciamientos motivados por los *Schöffengerichte*, que no constituyen ca-

sos aislados y ocasionales, sino que indican la presencia de una tendencia muy difundida.⁶ Estos ejemplos no son suficientes para considerar que la práctica de la motivación constituya un fenómeno constante y generalizado porque, de hecho, lo que puede considerarse predominante hasta el siglo XVIII es la práctica de la sentencia sin motivación;⁷ sin embargo, los ejemplos demuestran que los acontecimientos históricos relativos a la motivación como elemento de la práctica judicial no inician, y no coinciden con los de la obligación de motivar; de hecho, representan un campo autónomo, digno de un estudio específico que hasta ahora, por otra parte, apenas se ha iniciado.

La afirmación de la que se parte también debe precisarse desde otra perspectiva, relativa al momento en el que el principio de obligatoriedad de la motivación es positivamente sancionado. En la segunda mitad del siglo XVIII el fenómeno se generaliza, extendiéndose también a ordenamientos que nunca antes habían conocido dicho principio; sin embargo, no faltan ejemplos en los que la obligación de motivación resulta prescrito, aunque sea con límites de diferente naturaleza, desde el siglo XVIII y es lo que más destaca, completamente al margen de las condiciones jurídico-políticas que tuvieron lugar en la Europa de ese período. Se trata de un fenómeno característico de Italia, en donde la obligación de motivación estaba prescrita en algunos casos por la legislación estatutaria,⁸ y adquirió manifestaciones relevantes en la legislación florentina⁹ y, si bien en un ámbito más restringido, en la legislación del Piamonte.¹⁰ A este respecto, un dato muy significativo está constituido por la indiferencia de la doctrina, fiel a la enseñanza con tendencia negativa. Durante y de los canonistas en función a la necesidad de la motivación,¹¹ respecto de la práctica recordada anteriormente¹² y de las normas que imponen expresamente la obligación de la motivación. También las modulaciones que dicha doctrina admite, subrayando la necesidad de la motivación en algunos casos específicos,¹³ permanecen considerablemente separados tanto de la práctica como del alcance de las normas apenas recordadas.

a. La obligación de motivación en las reformas
del siglo XVIII en Europa

Los apuntes precedentes, aunque son relativos a fenómenos de alcance circunscrito en el espacio (y en el tiempo), permiten afirmar que la

difusión del principio de obligatoriedad de la motivación en el nivel europeo, que en cuanto fenómeno global se coloca en un momento histórico bien determinado, es difícilmente configurable como la desembocadura y la consecuencia unitaria de premisas homogéneas, que a su vez pueden identificarse en términos análogos en los diferentes ordenamientos procesales de la Europa continental. Esto no sólo vale para las situaciones preexistentes al período decisivo sino también para el problema bajo examen e, incluso, especialmente, para las modalidades con las que los legisladores de la segunda mitad del siglo XVIII los enfrentan y resuelven.

En Francia el principio de obligatoriedad de la motivación se establece por primera ocasión en el artículo 15, tit. V, de la ley del 16 de agosto de 1790 sobre la organización judicial y después se afirma en el artículo 208 de la Constitución del año III.¹⁴ Dichas normas no constituyen el fruto de una elaboración jurídico política de la que sea posible rastrear las líneas evolutivas en el período anterior a la revolución, y deben considerarse como un resultado autónomo y original de la ideología democrática de la justicia que emerge en el ámbito de la revolución misma.¹⁵ De hecho, mientras a la práctica judicial del *ancien régime* le era completamente ajeno el instituto de la motivación, no tiene lugar la afirmación y la discusión del principio bajo examen en el ámbito del debate crítico que los *philosophes* condujeron, a partir de las primeras décadas del siglo, en torno a los principios y a los modos de administración de la justicia. Condorcet, en un escrito ocasional anterior a la revolución, afirma la necesidad (para la sentencia penal) de la motivación, dado que el juez tiene, según el derecho natural, la responsabilidad moral del juicio y debe considerar, mediante la motivación, la forma en la que se ejerce el poder que la sociedad le ha otorgado.¹⁶ Esto demuestra cómo el principio de obligatoriedad de la motivación es congruente con la ideología de la justicia que constituye el sustrato de las reformas introducidas por el legislador revolucionario; el hecho de que se trate de un ejemplo aislado, y que ya se coloca en el ambiente cultural de la revolución, pone en evidencia la falta de percepción del problema por parte del iluminismo jurídico francés entendido en su conjunto. Por otra parte, salvo algunos intentos aislados que quedaron sin efecto,¹⁷ el problema no conoce ni siquiera una emersión significativa como instancia política de reforma, antes de la revolución.

Tenemos, entonces, que el principio de obligatoriedad de la motivación no descende de una elaboración doctrinal y filosófico-política, sino

esencialmente de una situación política concreta y dotada de una fisonomía peculiar, como la que se verifica con el inicio de la revolución.¹⁸ En ella se concentran y se expresan, no tanto a la luz de la ilustración *tout court*, sino a la de la ideología democrática de la justicia, los movimientos de reacción contra la práctica judicial del *ancien régime*, en tanto se advierte como la ausencia de motivación constituye el trámite esencial del ejercicio arbitrario del poder por parte de los jueces.¹⁹ La matriz de la que surge la afirmación generalizada de la obligatoriedad de la motivación es, por tanto, ideológica y política, más que jurídica o filosófica, incluso cuando es indiscutible que las condiciones culturales creadas por la ilustración en general, y por la ilustración francesa en particular, representan sus presupuestos necesarios. Por un lado el principio del dominio de la ley, en el significado claramente político que asumía en el momento de reacción contra el *ancien régime*, postulaba un instrumento para hacer posible el control sobre la legalidad del juicio; por el otro, exigencias análogas se traducían en la institución de un juez de legalidad supremo en el *Tribunal de Cassation*, originalmente entendido como emanación del poder legislativo y como destinatario principal, aunque no exclusivo, de la motivación. Esta última era considerada esencialmente como el momento fundamental de garantía de la legalidad de la decisión, en una situación histórica en la que se planteaba como evidente prioridad *le neta* connotación política del propio principio de legalidad, así como de las reglas garantistas que le eran instrumentales. Esto permite explicar la peculiaridad más relevante de la introducción de la obligación de motivación por parte del legislador revolucionario, o sea el hecho de que éste sea considerado como principio de carácter general que no tolera limitaciones, coherentemente inserto en el contexto y la concepción legalista y democrática de la justicia.

En cambio tiene un significado completamente diferente, aunque se trate de un evento relativamente contemporáneo al francés,²⁰ la introducción de la obligación de motivación en la legislación procesal de Prusia. Ante una práctica anterior que conocía el instituto de la motivación secreta y destinada a ser utilizada exclusivamente por el juez de la impugnación,²¹ el elemento innovador consiste en la introducción de la obligación de poner por escrito la motivación destinada al conocimiento de las partes.²² Esta proviene del *Codex Fridericianus Marchicus*, redactado por Samuel von Cocceij a petición de Federico II, y fue publicado en 1748.²³ Por otro lado,

tanto la modalidad de reglamentación del instituto (no mediante la afirmación de un principio general, sino a través de una serie de normas inherentes a cada tipo de procedimiento), como las incertezas inherentes a la publicidad de la motivación,²⁴ evidencian que la finalidad otorgada a la motivación y, por lo tanto, la *ratio* de la obligación correspondiente, son estrictamente endoprocerales; es decir, están orientadas a permitir que las partes puedan entender con claridad el contenido de la decisión y, también, a agilizar el juicio del juez de segunda instancia.²⁵

Las incertidumbres que el *Codex Fridericianus* dejó sin solución, fueron superadas mediante una reglamentación más completa y coherente que quedó contenida en la Ley de reforma general del proceso, realizada por Carmer también a petición de Federico el Grande y que fue promulgada, revisada y definitiva, por Federico Guillermo en 1793.²⁶ En el *Allgemeine Gerichtsordnung* se resuelve positivamente el problema de la publicidad de la motivación. Sin embargo, lo que cambia sensiblemente respecto del *Codex Fridericianus* es la forma de concebir la función de la motivación: sigue faltando la percepción del papel de control externo sobre la actuación del juez, que la misma puede desempeñar, y se consolida la concepción de la motivación como un factor directo que permite una valoración de la decisión, tanto por las partes como por el juez de la impugnación. En sustancia, la *ratio* de las normas que imponen la obligación de la motivación no es otorgada por la ideología del control democrático sobre la administración de la justicia, sino por la voluntad de realizar un funcionamiento ordenado y racional de la justicia en el momento de conexión entre la decisión y el juicio de impugnación, eliminando posibles inconvenientes y permitiendo a las partes y al juez superior la adopción de una posición razonable ante la propia decisión.²⁷

Pero, además, no debe olvidarse que la legislación prusiana en cuestión representa una etapa avanzada de evolución, respecto de las decisiones características de la reforma procesal en Austria. En el código de José II, contemporáneo de la primera de la *Gerichtsordnung* prusiana (1781), no sólo no se contempla la obligatoriedad de la motivación, sino que de plano se formula la prohibición, para el juez, de expresar en la sentencia las razones de la decisión.²⁸ Solamente a propósito de las sentencias impugnables, y su exigencia voluntaria por las partes, se establece la motivación, que debía comunicarse sin ninguna publicidad a las propias partes y al juez de la impugnación. Tenemos, en este caso, la versión más

rígida y restrictiva de la concepción endoprocesal de la motivación, en cuanto es admitida exclusivamente en los límites y en los modos estrictamente indispensables para evitar que la impugnación se proponga erradamente o que se tenga un juicio inadecuado sobre ella. Debemos destacar que no sólo no se reconoce la función extraprocesal de la motivación —de hecho, la prohibición de expresar los motivos de la sentencia la excluye expresamente— sino que también falta la percepción de la función justificativa que la motivación desempeña también ante las partes, y que podría ser una *ratio* suficiente de la obligación de la motivación.²⁹

Por lo que se refiere a los estados italianos, el panorama es completamente complejo. Ello en parte se debe a que, como se ha señalado aquí arriba, hasta el siglo XVIII, conviven ordenamientos en los que la motivación no existe o es secreta, y ordenamientos en los que es obligatoria y pública en los casos límite, y ordenamientos en los que el principio de obligatoriedad y de publicidad de la motivación es generalizado. Pero la complejidad también se debe a que las reformas procesales de ese siglo no eliminan, aunque inciden de manera notable en el panorama global, la heterogeneidad de las soluciones normativas que lo componen. Por un lado, se verifican intervenciones legislativas que, sobre el tema en cuestión, no introducen innovaciones relevantes respecto del régimen anterior: es el caso del Piamonte, en donde una ley de 1723 se limita a confirmar la obligación limitada de motivación introducida en 1615, y un edicto real de 1770 permite a los jueces del Consejo Supremo y de la Audiencia Real que se abstengan de motivar sus sentencias cuando ello implicara retrasos, aunque permanezca firme la facultad de las partes para pedir y obtener una redacción posterior de las motivaciones.³⁰ En otros casos se introduce la obligación de motivación en donde no existía anteriormente, pero con modalidades muy limitativas: es el caso del Ducado de Módena, en donde en 1771, se adoptó una reglamentación afin a la *piamontesa*.³¹

En realidad, los ejemplos de innovación radican, en el sentido de la introducción generalizada de la obligación de motivar en ordenamientos en los que era completamente ajena, se reducen a dos: la pragmática napolitana de 1774, y el código c.d. barbacoviano promulgado por el Principado de Trento en 1788.³²

Mientras el régimen que se introdujo en el código trentino, en sí mismo positivo, parece tener poco significado probablemente porque era la imitación de modelos preexistentes, y entre ellos en particular la legislación

prusiana y la pragmática napolitana, ésta última tenía mucho mayor originalidad y capacidad innovadora respecto de las concepciones dominantes cuando se promulgó. Parece legítimo dudar que de ello fuera consciente Tanucci, a quien se debe la reforma, ya que las finalidades que él quería perseguir, imponiéndole al juez la obligación de motivar las sentencias, se orientaban sobre todo a un funcionamiento más ordenado y racional de la administración de justicia.³³ El alcance objetivo de la reforma fue identificado por *Filangieri*,³⁴ quien puso en evidencia que con la obligación de la motivación se sometía la operación del juez al control difuso de la opinión pública por lo que se hacía responsable ante la colectividad; de sus palabras surge la función extraprocesal y democrática de la motivación,³⁵ así como la sensibilidad ante los aspectos del problema que pocos años después conducirían al legislador revolucionario francés por el mismo camino de la pragmática napolitana. En efecto, especialmente si se tienen en cuenta las condiciones miserables que caracterizaban la actividad judicial de Nápoles, esta ley estaba destinada a producir una transformación total; la mejor demostración de ello está en el hecho de que, en respuesta a las fortísimas oposiciones que surgieron del ambiente judicial y forense, la ley de 1791 abolió la obligación general de motivación transformándola en una simple facultad del juez.³⁶

Podemos constatar que la edad de las reformas que introdujeron los gobiernos ilustrados no implica, en Italia, una innovación radical y general de los términos en los que se presenta en el nivel legislativo el problema de la obligación de la motivación. Por un lado dicha obligación se introdujo de manera integral solamente en Trento y en Nápoles, mientras las otras normas sobre este mismo tema tuvieron un alcance mucho menor; por el otro lado, sobrevivieron las reglamentaciones precedentes, dentro de las cuales sólo la legislación florentina contemplaba la obligación generalizada de motivación; por último, en los estados italianos permanece la ausencia de normas orientadas a imponer dentro de ciertos límites, más o menos amplios, dicha obligación.

Solamente en un breve período, que coincide con la formación de las repúblicas jacobinas después de la conquista napoleónica, tuvo lugar una tendencia más amplia y homogénea hacia la introducción del principio de la obligatoriedad de la motivación: en las Constituciones de dichas repúblicas, diseñadas teniendo como modelo a la Constitución francesa de 1795, se afirma dicho principio.³⁷ Sin embargo, no se trata de un fruto

de la ilustración italiana, ni de la ideología de los jacobinos italianos, sino de un elemento de la operación de imitación que se hacía de la legislación revolucionaria francesa.

Desde un punto de vista más general, las consideraciones que valen para la situación italiana también valen para la situación europea, así como ésta se configura a finales del siglo XVIII.

Sobre todo, surgen dos concepciones diferentes del papel que desempeña la motivación y de las finalidades a las que responde, las cuales tienen implicaciones culturales e ideológicas diferentes.³⁸ Según la primera de ellas, la principal función de la motivación, y por lo mismo la razón principal de la obligación correspondiente, consiste en permitir el control externo por parte de la opinión pública y de la sociedad en general, sobre los fundamentos y la legalidad de la decisión. De esta perspectiva, que no niega la función endoprocesal de la motivación pero sí se recarga en su aspecto extraprocesal, el principio de la total publicidad de la motivación y la imposibilidad de que la obligación correspondiente pueda limitarse, son dos corolarios inevitables. La motivación se configura como un elemento esencial del procedimiento jurisdiccional, independientemente de la actitud del juez y del interés de las partes en los casos particulares, ya que la posibilidad de control externo sobre la manera en la que el juez ejerce el poder que le ha sido otorgado, sólo subsiste si la motivación es ilimitada y sin condiciones. En el fondo de esta concepción, no solamente está la cultura jurídica de la ilustración considerada global y generalmente, sino que también tenemos a la ideología política de la ilustración democrática, cuya manifestación más coherente y completa emerge en la legislación revolucionaria francesa.

Pero la segunda concepción es mucho más dominante y sostiene que la función de la motivación es típicamente endoprocesal, y consiste en hacer que las partes se den cuenta con claridad del significado de la decisión, especialmente en la eventualidad de una impugnación, y en permitir que el juez de la impugnación valore de manera adecuada el fundamento de la decisión impugnada. Evidentemente, con esta concepción son compatibles algunas limitaciones de diversa especie, tanto por lo que hace al régimen de publicidad de la motivación, como por lo que se refiere a la extensión de la obligación correspondiente. De hecho, en el extremo, las exigencias en las que está inspirada también quedan satisfechas mediante una regulación, como la que está contenida en el código

josefino, basada en la prohibición de motivación (pero con facultad de las partes para pedirla en virtud de la impugnación) y sobre la ausencia de publicidad de la misma (pero con la posibilidad de que las partes y el juez de la impugnación la conozcan). La matriz cultural de esta concepción, que se encuentra en la base de la normativa prusiana, de la austriaca y de las reformas italianas incluyendo a la pragmática napolitana de 1774, no es la ideología política de la ilustración democrática, sino el racionalismo funcionalista y burocrático del despotismo ilustrado.

No parece que el racionalismo filosófico de derivación jusnaturalista haya tenido una influencia determinante sobre la concepción de la sentencia como una decisión necesariamente motivada,³⁹ como lo demuestra la ausencia de una orientación suficientemente uniforme en este sentido; la que en cambio parece haber sido decisiva fue la tendencia a la reorganización y simplificación de la administración de justicia. Desde este punto de vista, la motivación de la sentencia sirve, como ya se ha señalado, para evitar inconvenientes y dificultades a las partes y al juez de la impugnación; pero tampoco debe olvidarse que dicha motivación, ya sea pública o secreta, también permite un control de tipo burocrático sobre la operación del juez, y por lo mismo es coherente con el programa de centralización que buscaban los soberanos de Prusia y de Austria. En este sentido, la motivación no responde tanto a una exigencia de racionalidad del juicio como a una exigencia racionalización del funcionamiento de la justicia, tanto para facilitar y ordenar su desarrollo, como para insertarlo en la estructura burocrática del estado. En las soluciones legislativas que se inspiran en esa orientación solamente encontramos un aspecto que no responde directamente a la función de la motivación dentro del aspecto procesal o de la organización del poder jurisdiccional. Se trata de la finalidad que se otorga a la motivación cuando está prescrita para los órganos jurisdiccionales superiores o para las causas de mayor importancia, como sucede en la legislación del Piamonte y de Módena. En estos casos, con un significado distinto del que acabamos de describir, en la medida en la que la finalidad que se persigue es la clarificación y simplificación de la jurisprudencia, mediante la eficacia del precedente de hecho que deberían tener las sentencias motivadas.

En síntesis, así como no se puede decir que las reformas procesales del siglo XVIII, hayan producido soluciones unitarias y coherentes en materia de obligatoriedad de la motivación, tampoco es posible afirmar que las

exigencias de la cultura jurídica ilustrada hayan operado, a este respecto, en un solo sentido. Dicha cultura ha constituido, más bien, un estímulo polivalente que ha producido diferentes respuestas, en función de las diferentes situaciones políticas y opciones ideológicas. En particular, ha representado el presupuesto de la concepción extraprocesal de la motivación en donde, como sucedió en Francia en la época de la revolución, se ha podido traducir en la ideología democrática de la justicia y del control sobre la actuación del juez. En las diversas concepciones políticas existentes en los regímenes inspirados en los principios del despotismo ilustrado, la misma cultura dio lugar a la justificación técnico-jurídica y organizativa de la función endoprocesal de la motivación y terminó justificando también las soluciones, como la austriaca, que no embonaban con la obligación sino con la prohibición de motivación expresa y pública.

*b. Evolución del problema en las codificaciones
del siglo XIX*

En las legislaciones italianas, la fase de afirmación de la obligación de motivación en el nivel del principio constitucional duró poco: una vez que cayeron las repúblicas jacobinas, o que fueron sustituidas por los estados napoleónicos, se debilitó el contexto político e ideológico que había conducido a la rescisión del modelo revolucionario francés representado por la Constitución de 1795. Los estatutos napoleónicos,⁴⁰ de hecho, ya no contenían el principio de la obligatoriedad de la motivación que, en cambio, como hemos visto, se había afirmado en las constituciones republicanas anteriores, y en esa misma dirección se colocarán todas las cartas constitucionales posteriores.⁴¹ Con Napoleón, entonces, se debilita la influencia y la ideología democrática de la justicia, que había llevado a la enunciación de dicho principio en el ámbito de la concepción extraprocesal de la motivación: desde este momento en adelante ya no asistimos al contraste o a la síntesis entre las dos concepciones diferentes que hemos advertido, sino al dominio difundido de la concepción endoprocesal, con todas las consecuencias que ya hemos señalado en el plano político e ideológico. Por otro lado, si la idea de la motivación como trámite del control democrático sobre la operación del juez era solidaria con el clima revolucionario, la idea de la motivación como instrumento meramente técnico-procesal es, con toda evidencia, más coherente con el

clima político de la época napoleónica y, *aun* más, con el clima de la restauración y de los regímenes italianos y europeos posteriores.⁴²

La influencia francesa sobre las legislaciones italianas continúa, pero en el nivel de la normativa procesal ordinaria: el artículo 141, del código procesal civil napoleónico, que prescribe que en la sentencia se expongan, además de las cuestiones de hecho y de derecho, los motivos de la decisión, constituye un punto de referencia constante. Por un lado, esto sucede en virtud de la recepción directa del código francés en algunos estados italianos;⁴³ sin embargo, en donde esto no sucede, e incluso cuando cesa su aplicación directa porque aparecen las legislaciones procesales autónomas, se mantiene el valor ejemplar del que hasta entonces seguía siendo el modelo más avanzado de regulación procesal.⁴⁴

Todo esto es confirmado por los reglamentos de procedimiento civil que fueron creados a partir de los años de la restauración postnapoleónica y que prescriben la motivación de la sentencia. En Piamonte una carta real confirmó el artículo 1353 de las Leyes civiles y criminales preexistente desde 1827, y que recogía normas anteriores en materia de motivación;⁴⁵ la obligación de la motivación fue impuesta por el artículo 205, n. 4 del Código Procesal Civil de Cardena de 1854.⁴⁶ En Nápoles esto viene prescrito por las Leyes del procedimiento en los juicios civiles de 1819.⁴⁷ Normas análogas entran en vigor en el Estado Pontificio,⁴⁸ en el Ducado de Parma⁴⁹ y en el Gran Ducado de Toscana.⁵⁰

A esta tendencia general de las codificaciones procesales preorientadas a establecer la obligación de motivación de la sentencia civil, es ajeno el Lombardo-Véneto que, después de la experiencia napoleónica, no conoce una nueva reglamentación del proceso sino que experimenta el regreso a la legislación austriaca. Mientras desde 1785 había estado en vigor el reglamento general de José II, al que ya hemos hecho referencia, el regreso del dominio austriaco significa la entrada en vigor, con adaptaciones, del reglamento procesal c.d. galiciano, promulgado por las provincias occidentales del imperio en 1796: esto sucede en Venecia en 1803, y en el Lombardo-Véneto en 1815.⁵¹ Se trata de la continuación del régimen inicialmente contenido en el código josefino, ya que el párrafo 315 del código que se extendió a las provincias italianas contiene la prohibición de expresar los motivos de la sentencia, dejando a salvo la facultad de las partes para obtener la información con miras a la impugnación.

Entonces, la unificación definitiva de la normativa procesal correspondiente llega con el código procesal civil de 1865, cuyo artículo 436 equivale al artículo 132 del código procesal civil vigente. De nueva cuenta, el proceso evolutivo de la legislación italiana en materia de obligación de la motivación se desenvuelve en sintonía con el proceso análogo de las legislaciones de los demás estados europeos.

En Francia, el artículo 141 del código se integra por el artículo 7 de la ley del 20 de abril de 1810, a partir del cual las sentencias no motivadas serán declaradas nulas.⁵² En Prusia, durante todo el siglo XIX, sigue en vigor el principio de obligatoriedad de la motivación, en las modalidades establecidas por la *Allgemeine Gerichtsordnung* de Federico II.

En diversos ordenamientos, sin embargo, dicho principio no se afirma sino hasta las codificaciones de la segunda mitad del siglo XIX, con notable retraso, entonces, respecto a la línea evolutiva del problema en los ordenamientos italianos, así como también en el francés y en el prusiano. Este es el caso, por ejemplo, de Baviera en donde la obligación de motivación de la sentencia civil se introduce hasta 1869 con la *Prozessordnung*,⁵³ todavía es más significativo el ejemplo de Austria, en donde la prohibición de motivación establecida por las *Gerichtsordnungen* de 1781 y de 1796 sigue en vigor durante todo el siglo XIX, y se introduce la obligación de motivación expresada solamente con el párrafo 414 de la *Civilprozessordnung* de 1895.

Por último, es completamente particular el caso del ordenamiento español en materia de motivación: en 1778, de hecho, Carlos III había ordenado que cesara la práctica de la motivación de las sentencias, con la finalidad de evitar las cavilaciones de las partes y los consiguientes prolongamientos del proceso,⁵⁴ y la situación siguió estable en estos términos hasta la Ley del enjuiciamiento civil de 1881, cuyo artículo 372 se adecuó a la concepción que comenzaba a prevalecer, prescribiendo que la sentencia expresara la fundamentación de la decisión.⁵⁵

Con la mera referencia a las fuentes normativas en materia de obligación de la motivación es suficiente para mostrar que, en los ordenamientos italianos y europeos, este problema tiene una evolución que se articula en dos etapas fundamentales. La primera etapa, que se desarrolla en la primera mitad del siglo XIX, presenta aspectos que no son perfectamente homogéneos pero, en el fondo, tampoco son contradictorios. Por un lado, tenemos la reducción en la manera de concebir a la motivación como una

cuestión solamente endoprocetal⁵⁶ y, por ende, puramente técnico-jurídica, que es complementaria con la disminuida sensibilidad, debida esencialmente al mutado clima político, hacia la función extraprocetal de la motivación.⁵⁷ Es un fenómeno que, como se ha señalado, no coincide y no depende solamente de la renovada consolidación del autoritarismo en el período de la restauración: su momento inicial se puede identificar, de hecho, desde la legislación napoleónica que, lejos de ser superada por los regímenes sucesivos, constituyó el principal modelo para las reglamentaciones que se crearon sobre el tema que nos interesa. Al respecto, así como es relevante el contraste entre la imposición de la obligación de la motivación en la normativa ordinaria, y la disminución de las referencias al respecto en las cartas constitucionales de los estados napoleónicos italianos, es oportuno subrayar que la situación no cambia en los ordenamientos de los estados preunitarios: junto a la mayor difusión de la obligación de motivación de las leyes procesales, sigue faltando (en particular en los Estatutos de 1848) su afirmación como principio general del ordenamiento y de la función jurisdiccional. Por otra parte, el valor histórico-político de la introducción de la obligación de motivación en el nivel de la normativa ordinaria no debe sobrevalorarse: si es cierto, como parece, que sólo se trata de la manifestación de la visión endoprocetal de la motivación, entonces, debemos tener presente que con esta visión también es compatible la solución, elegida por el ordenamiento austriaco, de la prohibición de motivación expresa.

Por otro lado, es necesario advertir que, a pesar de la caída de los elementos más ideológicos y políticos del principio de obligatoriedad de la motivación, su penetración en el contexto de las diferentes codificaciones procesales no constituye un fenómeno unitario. A pesar de la presencia de modelos como las legislaciones prusiana y francesa, que tuvieron una influencia relevante sobre las reformas de la primera mitad del siglo, no encontramos una difusión generalizada de las normas que dichas legislaciones contenían en materia de motivación. Por un período muy prolongado, de hecho, también el fenómeno técnico-procetal de la motivación es ajeno a diferentes ordenamientos, como el español, el bávaro y el austriaco. La segunda etapa del proceso evolutivo que el problema de la obligación de motivación conoce en el siglo XIX coincide con las reformas procesales que se realizan en la segunda mitad del siglo, en el arco de tiempo que va desde el código procesal civil de 1865 en Italia, a la

Civilprozessordnung austriaca de 1895. Al respecto, el dato más relevante consiste en el cumplimiento de la evolución del problema, en el sentido de su difusión general, en el nivel de la normativa ordinaria, del principio de obligatoriedad de la motivación, que solamente en esta fase adquiere validez para todos los ordenamientos procesales europeos. Al mismo tiempo —y se trata de un fenómeno que con toda probabilidad ha influido sobre las propias codificaciones y sobre el régimen de la motivación— se había venido realizando, en los ordenamientos que desde antes conocían dicho instituto, una elaboración doctrinal y jurisprudencial sobre el tema de la obligación de la motivación muy amplia y articulada.⁵⁸ Esto vale, particularmente, para la jurisprudencia de la Casación francesa que, desde los primeros decenios del siglo, había logrado establecer, mediante la interpretación del artículo 141 del código napoleónico, los principios fundamentales en materia de obligación de la motivación y de las consecuencias de su incumplimiento.⁵⁹ Las codificaciones de la segunda mitad del siglo XIX recibieron de manera uniforme a los resultados de esa elaboración jurídica sobre el tema, en particular por lo que hace a la configuración de la nulidad de la sentencia que proviene del vicio de motivación, y a la configuración de ésta última como requisito de forma/contenido de la sentencia.

La fase bajo análisis no se caracteriza, por otro lado, solamente por la homogeneidad de las soluciones que le es propia, sino también por un elemento que sigue faltando en la manera en la que se concibe la función de la motivación. Sigue vigente, y se consolida aun más, la hegemonía de la concepción endoprocesal de la motivación, sin reparar en los componentes político-ideológicos del fenómeno. La explicación de esto no radica únicamente en la viscosidad de la actitud que se manifiesta en esa dirección desde inicios del siglo: de hecho, también sabemos que la ideología liberal dominante en el período que estamos analizando representa, de la misma forma que las ideologías autoritarias presentes en el mismo período, una matriz cultural y política sobre la que esa concepción de la motivación embona armónicamente porque no involucra el problema del control democrático sobre la operación del juez. Es más, en el extremo, es posible considerar que la razón por la que el principio de la obligatoriedad de la motivación fue tan bien recibido en los ordenamientos procesales de este período histórico, se explica porque en la primera mitad del siglo se habían atenuado de manera considerable los elementos netamente

políticos que dicho principio había puesto de manifiesto en el breve momento revolucionario. Se trata de una particularidad que no debemos desestimar: de hecho, ésta no sólo representa al carácter dominante de la concepción de la motivación que caracterizó al siglo pasado, sino también al aspecto más relevante de las premisas culturales y jurídicas que, incluso en época reciente, han conducido hacia una reducción decidida del alcance del principio establecido en el primer inciso del artículo 111 de la Constitución.

c. Apuntes sobre la motivación en la historia
de los ordenamientos de la *common law*

Una característica constante de la historia de los ordenamientos procesales de la *common law* reside en la ausencia de la obligación de motivación; pero esta ausencia se ha acompañado mediante una práctica no menos constante, aunque no sea del todo generalizada, en el sentido de acompañar la decisión con las razones correspondientes. De hecho, la existencia de esta práctica, que se consolidó progresivamente en un amplio arco de tiempo, sirve para explicar que ni el legislador ni la jurisprudencia hayan tenido la necesidad de formular una regla expresa sobre el particular. En Inglaterra, la existencia de decisiones motivadas está documentada desde el siglo XII, a partir de los *Rolls* en los que se verbalizaban los procedimientos judiciales. Al respecto, conviene subrayar que no sólo se motivan las sentencias pronunciadas por el juez, sino que, con frecuencia, también se motiva el veredicto emitido por el jurado,⁶⁰ al que sigue la sentencia que, a su vez, puede estar motivada o no.⁶¹ De hecho, es muy frecuente el caso en el que el juez, una vez que el jurado emitió un veredicto motivado,⁶² se limita a recibir el veredicto sin justificar la decisión con argumentos distintos.⁶³ Sin embargo, no faltan las hipótesis en las que no existe una motivación del veredicto pero sí una motivación del pronunciamiento del juez.⁶⁴ Nos encontramos, evidentemente, en una fase en la que la naturaleza y la función del jurado no se encuentran rigurosamente definidas con relación a las del juez⁶⁵: en particular no es del todo aplicable la definición moderna del jurado como juez exclusivo del hecho, dado que en algunos casos resulta que el jurado emite un veredicto en derecho,⁶⁶ a pesar de que las tareas de los jurados y las del juez estaban claramente delineadas desde Glanvill⁶⁷ en el siglo XII. En todo caso, el dato

relevante consiste en la existencia, en la práctica, de una tendencia muy acentuada a expresar, de manera más o menos amplia, la *ratio* en la que se fundamenta la decisión. No es fácil establecer cuáles sean las causas de este hecho, sobre todo porque la literatura especializada ha descuidado el problema: por otra parte, no parece que se trate sólo de la exigencia de permitir el control sucesivo, que era posible sobre la base de los rollos aunque faltaba la motivación,⁶⁸ sino que es más probable que, embrionariamente, se advirtiera la exigencia, intrínseca al sistema de la *common law*, de precisar la *ratio decidendi* de la solución del litigio.

A continuación, la evolución y la precisión de algunos aspectos básicos del sistema inglés llevó rápidamente al “modelo” que ha permanecido sin cambios hasta el día de hoy. Por un lado, se consolida la concepción del jurado como “juez del hecho”, en contraposición al juez como “juez del derecho”, y ello probablemente incide para que se imponga la práctica del veredicto no motivado. Por el contrario, se refuerza la exigencia de que se justifique la decisión final pronunciada por el juez, en la cual, como quiera que sea, la individualización de la *ratio decidendi* siempre está estrechamente ligada a una individualización puntual de los hechos identificados por el jurado. En esa dirección también opera otro hecho decisivo, constituido por la consolidación progresiva de la doctrina vinculante precedente;⁶⁹ de hecho, es evidente que el sistema del *stare decisis* es posible en tanto el precedente no sea constituido por un *dictum inmotivado*, sino por uno que contenga la individualización expresa por la *ratio decidendi* sobre la que se funda la decisión. Por otro lado, en un ordenamiento en el que la fuente principal del derecho es la *common law* es evidente el papel esencial de la función “declarativa del derecho” que realiza la jurisprudencia: desde esta perspectiva, el juez motiva la sentencia no tanto, o no solamente, con la finalidad de justificar la decisión, sino porque ésta representa un momento de la creación jurisprudencial del derecho.⁷⁰

En el siglo XVI, los resultados de esta fase evolutiva decisiva se consolidaron ampliamente: la motivación de la sentencia, si bien solo seguía existiendo en la práctica, es un fenómeno del que se reconoce la importancia decisiva en el contexto del sistema de la *common law*. Una confirmación clara la tenemos en la afirmación de Francis Bacon,⁷¹ quien explicaba cuán necesario es que los jueces hagan pública la razón de los motivos en los que fundan sus decisiones. Por lo que hace a la práctica de la motivación en Inglaterra, debemos recordar una característica peculiar que, así

como por un lado representa el origen del instituto de la *dissenting opinion*, sirve para explicar, al menos en parte, la difusión de dicha práctica en los órganos de jurisdicción superior. En las *Common Law Courts*, que decidían la mayor parte de las causas en apelación, y en la *House of Lords* en calidad de órgano de última instancia, la deliberación nunca fue secreta y colegiada, sino pública e individual. Una vez que terminaban los alegatos de los defensores, de hecho, no había nada parecido a nuestra cámara del consejo: por el contrario, cada uno de los miembros del colegio judicial expresaba por separado (*seriatim*) su propia opinión sobre la controversia, acompañándola con la indicación de los motivos de hecho y de derecho y con los precedentes en los que la decisión se inspiraba, por lo que la decisión de mayoría surgía sólo mediante la combinación de los puntos de vista que se expresaban de esta manera.⁷² De esta manera, aunque no se lograba una verdadera y propia motivación de la sentencia, porque no es posible siquiera hablar de la sentencia como de un acto unitario; es indudable que este *modus deliberandi* representaba una situación ideal para estimular en los jueces la expresión de razones que sostuvieran sus respectivas opiniones, por el simple motivo de que cada uno de ellos cargaba con la responsabilidad de identificar la *ratio decidendi* de su posición.

En Estados Unidos, incluso después de la separación de las colonias, se recibe la práctica inglesa y, análogamente, sigue sin existir alguna norma orientada a prescribir la motivación.

Para las hipótesis de *jury-trial* no se pone en discusión la forma del veredicto no motivado, pero se difunde, siempre en analogía con el modelo inglés, el uso predominante de pronunciar *opinions* motivadas por parte del juez (lo que vale especialmente para las hipótesis de procesos sin jurado).

Un interesante punto de contacto con las prácticas inglesas (en particular con la de las *Common Law Courts*) se evidencia en los primeros años de actividad de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en los que prevalece la práctica de decidir mediante la exposición de opiniones separadas por parte de los diferentes miembros del colegio juzgador.⁷³ La primera sentencia emitida a nombre de la Corte como órgano, y por lo mismo dotada de una motivación unitaria, es de 1801: es posible afirmar que en esa misma fecha se introdujo a la Corte la práctica de la deliberación colegiada y del uso de una sola motivación de mayoría que en poco

tiempo, y hasta nuestros días, se convirtió en la norma que guía el comportamiento de la Corte.⁷⁴

Si es posible realizar alguna consideración de índole general sobre lo que hemos afirmado, ésta se refiere a la ausencia, en el amplio arco de tiempo que hemos analizado, de una sensibilidad específica hacia la función de la motivación como un trámite de control externo “difuso” sobre la operación del juez.⁷⁵ Que ello se deba a diversos factores de estructura del ordenamiento, como el papel atribuido al jurado, o de costumbre, como el prestigio tradicional que siempre ha tenido la magistratura inglesa,⁷⁶ es muy obvio; por otro lado, también es legítimo pensar que, en la medida en la que la práctica ha respondido a las exigencias que fueron surgiendo, entre las que destaca la elaboración jurisprudencial del *corpus* de la *common law*, no se fueron verificando los presupuestos idóneos para estimular la adopción de posiciones específicas sobre el problema.

En verdad no parece que una comprensión suficiente del fenómeno bajo análisis pueda alcanzarse sólo recordando que la experiencia inglesa condujo a la formación de un sistema que no requería de la obligación de la motivación para lograr coherencia interna. De los eventos que marcaron dicha institución en Europa continental a partir del siglo XVIII tenemos algunos datos generales que, así como por un lado explican la introducción de la obligación de la motivación en los ordenamientos de la *civil law*, no se encuentran en la experiencia inglesa. Podemos notar que el principio de la obligatoriedad de la motivación se afirma en coincidencia con algunos cambios relevantes en la ideología política en general, y de la administración de justicia en particular, que marcan la crisis del *ancien régime* y la llegada de las nuevas formas modernas de organización del poder jurisdiccional. Esto vale, sobre todo, para el surgimiento del principio de obligatoriedad de la motivación como principio político de garantía —respecto del arbitrio del juez— del control democrático sobre la gestión del poder: no es casual que el problema se plantee en estos términos con la Revolución francesa, o sea, en el momento en el que tiene lugar el enfrentamiento directo entre el *ancien régime*, ya en plena crisis, y las nuevas ideologías de la justicia. Por otra parte, esta misma consideración vale, aunque se plantee en términos distintos, para las hipótesis en las que se introduce la obligación de la motivación, sobre la línea de la concepción endoprosesal de la motivación, en las reformas procesales de los soberanos ilustrados. También en estos casos, aunque no se tratara de

traumas violentos que siguieran a la caída total de regímenes anteriores, se verificó una neta transformación en la manera de concebir la función del juez, en el nuevo marco de una voluntad racionalizadora de las formas de administración de la justicia, con la que embona la institución de la obligación de la motivación. Ahora bien, en la historia del ordenamiento procesal inglés (y ello también vale para la breve y uniforme experiencia del ordenamiento norteamericano), faltan momentos de fractura y de neta transición ideológica y cultural, además de técnico-jurídica, para gonables a los que vivió Europa continental en la segunda mitad del siglo XVIII y las primeras décadas del siglo XIX. La evolución del ordenamiento procesal, y de la cultura jurídica correspondiente, se desarrolla gradualmente y sin sufrir crisis radicales, siguiendo una línea de continua adaptación a las exigencias que surgían. Por otra parte, la relativa estabilidad de las instituciones y de las ideologías políticas correspondientes, no permite el surgimiento de reivindicaciones garantistas con relación a la magistratura, entre las que estaba la tendencia hacia la afirmación del principio de obligatoriedad de la motivación.⁷⁷

En este contexto es posible precisar el significado de que escribió Jeremy Bentham⁷⁸ sobre el tema de la necesidad de la motivación. Por una parte, él ubicó a la motivación dentro de los mecanismos en los que se manifestaba el principio de publicidad del proceso; por el otro, recuperó el alcance garantista y político de la motivación como trámite del control público sobre el ejercicio del poder, hasta llegar a afirmar que “*good decisions are such decisions for which god rehaznos can be given*”.⁷⁹ Se trata de una intuición que identifica con agudeza los rasgos esenciales del problema; sin embargo, es significativo, y sirve para confirmar lo que se ha venido sosteniendo, que el propio Bentham no haya extraído todas las consecuencias jurídicas de su afirmación. De hecho, él habla de una obligación “*of the moral kind*” relativa a la enunciación de los motivos de la decisión: ésta es “*natural and in experience customary, and at any rate altogether desirable*”, pero no puede ser objeto de una obligación jurídica de alcance general,⁸⁰ por lo que debe ser el propio juez quien decida, en cada caso, la oportunidad de motivar su decisión. Tenemos que emerge una discrepancia relevante entre la percepción del papel de la motivación y la mera afirmación de su oportunidad desde la perspectiva de una obligación moral. Podemos explicar la discrepancia desde dos perspectivas: por un lado, Bentham, en el párrafo citado, no propone ninguna innovación sino que

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

más bien subraya, generalizándola, la situación que ya existía desde tiempo atrás en la práctica judicial inglesa. Él se limita a constatar que la motivación no sólo era *customary*, sino también útil y oportuna, tal como lo dictaba la tradición. En este caso, por tanto, no se trata del Bentham crítico y reformador de las instituciones judiciales, sino del jurista que observa la realización de los principios de una buena administración de justicia. Por el otro lado, para que el problema de la obligación de motivación pudiera trasladarse desde el plano moral hasta el plano jurídico, habría sido necesaria una carga de reacción y de desconfianza en el juez y en el poder en general que, aunque sí estaba presente en Francia cuando entró en crisis el *ancien régime*, no estaba presente en el ambiente jurídico político inglés de la época benthamiana.

2. PERFILES COMPARADOS

La evolución histórica que hemos delineado en el apartado precedente dio lugar, en los ordenamientos de la *civil law*, a una uniformidad relativa respecto a la previsión expresa de la obligación de motivación de la sentencia civil. Sin embargo, más allá del común denominador constituido por el hecho de que esa obligación existe en términos generales en las legislaciones procesales de los países de derecho codificado, subsisten algunas diferenciaciones que, aunque no impactan el dato general de la existencia de la obligación en cuestión, tienen una relevancia que va más allá del aspecto clasificatorio y provocan una serie de problemas relacionados con el alcance efectivo de la obligación de motivación de la sentencia civil en los diversos sistemas procesales.

Una percepción correcta del fenómeno en el nivel general, no puede limitarse a la constatación de que la tendencia histórica a la difusión de dicha obligación encontró una línea de explicación general en los países de la *civil law*; una generalización de este tipo podría llevarnos a pensar en una problemática que ya se agotó y que sólo distraería nuestra atención. En realidad, los límites y las modalidades con las que el principio de obligatoriedad de la motivación de la sentencia se ha manifestado en el nivel normativo, nos llevan a pensar que el momento en el que se alcanza una difusión general de dicho principio no es la conclusión sino apenas una fase de la compleja evolución histórica del problema y

que, mientras define algunos de los aspectos que tuvieron mayor relevancia en el pasado, pone en evidencia nuevas cuestiones que no podemos asumir como superadas. Por lo mismo, el método comparativo en este tema no nos sirve solamente para reconocer muchas de las normas que prescriben la motivación de la sentencia civil en los diferentes ordenamientos, sino que nos ayuda a poner en evidencia los problemas que dichas normas plantean o que dejan sin resolver.

a. Ordenamientos de la *civil law*

En el nivel de la legislación procesal ordinaria, tenemos que en todos los ordenamientos importantes de la *civil law* existen normas destinadas a prescribir que la sentencia civil también contiene la exposición de motivos de la decisión. Por lo general se trata de normas que, como el artículo 132 de nuestro código procesal civil, definen un modelo de forma-contenido de la sentencia y colocan la motivación dentro de una serie de requisitos (nombres de las partes, objeto del litigio, disposiciones, etcétera) que debe contener como condición de validez. La sanción de dicha prescripción, obvia por la forma en que la motivación se exige, es la nulidad de la sentencia no motivada; en muchos casos, después, dicha nulidad constituye un motivo específico de impugnación típica, como la casación o la *Revision* alemana. Estos problemas serán considerados de forma analítica más adelante; lo que ahora importa evidenciar es otro aspecto de la técnica de reglamentación de la obligación de motivación, que incide directamente sobre el ámbito en el que está destinado a tener vigor.

Al respecto, es posible distinguir dos categorías muy bien diferenciadas. La primera, que corresponde al modelo representado por el artículo 141 del código procesal civil francés de 1806 y por el sistema normativo que el mismo contiene,⁸¹ se caracteriza por la presencia de una norma de alcance general, en la que se configura la motivación como un requisito esencial de la sentencia. Lo que pone en evidencia no es tanto la presencia de una norma de este tipo, sino el hecho de que dicha norma establece una regla general que vale para todos los casos de sentencia civil que existen en el ordenamiento y que no destinada en principio a ser objeto de excepciones. Dicha norma, precisamente porque es general, suele ser la única, de toda la normativa procesal, que prescribe la obligación de motivación de la sentencia civil, entendida como un modelo general y unitario

de disposición jurisdiccional. Todos los casos particulares de sentencia civil, entonces, están regulados directamente, en el punto que nos importa, por esa norma, lo que equivale a decir que la legislación procesal formula el “principio” de obligatoriedad de la motivación de la sentencia civil. Este tipo de reglamentación se encuentra ampliamente difundido y está presente, por ejemplo, en Italia, en España, en Suecia y en Grecia, así como también en las legislaciones procesales de los cantones suizos.⁸²

La segunda categoría no está caracterizada por la falta de normas análogas —de hecho esas normas están presentes en las legislaciones procesales alemana y austriaca (que integran la categoría en cuestión)⁸³—. El dato distintivo radica en el limitado ámbito de aplicación de dichas normas: por un lado, éstas se refieren únicamente a la sentencia emitida en el proceso civil ordinario, en tanto que las legislaciones procesales especiales contienen normas específicas a este respecto;⁸⁴ por el otro lado, está presente una pluralidad de casos en los que las normas particulares introducen derogaciones relevantes del principio de obligatoriedad de la motivación.⁸⁵

Entonces, en síntesis, la distinción entre los dos “modelos” normativos puede formularse de la siguiente manera: el modelo francés consta especialmente de una sola norma de alcance muy general, que abarca todas las hipótesis de sentencia civil y que, en principio, opera sin excepciones relevantes. En cambio, el modelo alemán se caracteriza por la presencia de una normativa mucho más articulada y diversificada cuyas normas en general están acompañadas por otras normas inherentes a hipótesis específicas, y por la existencia de algunos grupos muy amplios de casos, en los que no tiene vigor la obligación de motivación de la sentencia civil. No podemos negar que ambos modelos están inspirados en la regla general que nos dice que la sentencia civil debe motivarse, pero evidentemente es diferente el alcance de dicha regla, más rígido en un caso, mucho más elástico y diferenciado en el otro.⁸⁶

Mientras, más allá de las diferencias y de las limitaciones que se han recordado, podemos reconocer que en las normativas procesales ordinarias de los países de la *civil law* tiene vigor el principio de la obligatoriedad de la motivación de la sentencia civil, son mucho más inciertos los connotados del problema sobre si existe, en esos ordenamientos, un principio constitucional o “fundamental” de obligatoriedad de la motivación. Al respecto ni siquiera parece posible referirse a “modelos” generales,

y mucho menos es posible suponer una distinción entre el sistema francés y el alemán, que corresponda a la distinción que se ha delineado respecto de la normativa ordinaria; en el estado actual del problema parece imposible ir más allá de los términos particulares en los que se plantea en los diferentes ordenamientos por lo que debemos dejar para después el intento de una aproximación general.

Por lo que hace a la obligación de motivación, la tendencia a la constitucionalización de las garantías fundamentales del proceso⁸⁷ ha producido resultados normativos de notable importancia intrínseca, pero limitados a un número muy pequeño de países entre los que se encuentran Italia, Grecia y algunos países de América Latina.⁸⁸ En todos los demás ordenamientos, la falta de una norma constitucional expresa que establezca el principio de obligatoriedad de la motivación, deja abierto el problema de hasta qué punto puede considerarse un principio implícito en el sistema de los principios constitucionales afirmados y, por tanto, si se le debe o no reconocer el rango de principio fundamental del ordenamiento procesal.

El problema es muy relevante, incluso desde la perspectiva con la que consideramos a las normas ordinarias vigentes; además, este problema adquiere connotados particulares que varían si lo observamos según el modelo francés o según el modelo alemán.

En el primer caso, debido a la presencia de normas ordinarias que prescriben en líneas generales a la motivación de la sentencia civil, el problema que se presenta no es principalmente el de identificar un principio de rango superior que haga obligatoria la motivación de la sentencia,⁸⁹ como el de establecer si dicho principio hace obligatoria la motivación de otros actos jurisdiccionales (especialmente los decretos), para los que no se encuentre prescrita por la normativa ordinaria. Más que establecer un principio de nivel constitucional, entonces, se trata de verificar si éste tiene un contenido coincidente con el de la norma general ordinaria inherente a la sentencia, o bien, si sancione la necesidad de la motivación para todos los actos del juez. La existencia y el alcance del principio fundamental en cuestión son, con toda evidencia, dos problemas distintos pero que están estrechamente relacionados desde la perspectiva que hemos advertido. Aunque el punto inherente a la necesidad de motivación del decreto puede resolverse sin postular principios fundamentales implícitos,⁹⁰ la existencia de una norma constitucional expresa en materia de obligación de motivación podría no agotar la cuestión inherente a la motivación del decreto.⁹¹

El problema en cuestión asume una relevancia mucho mayor cuando lo colocamos en un ordenamiento cuando la normativa ordinaria en materia de motivación sigue el modelo alemán. De hecho, en ese caso, el problema no se limita a la cuestión, que tiene una importancia marginal, de si es posible extender al decreto de la regla general que vale para la sentencia, sino que abarca aspectos mucho más relevantes: por un lado, de éste depende la legitimidad constitucional de las normas que permiten casos de sentencia no motivadas y, por el otro, la posibilidad de impugnar con la *Verfassungsbeschwerde* a la sentencia que adolece de una motivación adecuada.⁹²

Por otra parte, no es casual que, mientras en los ordenamientos que contienen normas inspiradas en el modelo francés no se advierte el problema inherente a la existencia de un principio fundamental implícito de obligatoriedad de la motivación, dicho problema se plantea con una amplitud particular en el ámbito de la doctrina alemana, que ha puesto en evidencia sus aspectos fundamentales.

Por un lado, se ha intentado demostrar la existencia del principio de necesidad de la motivación en el plano teórico general y prescindiendo de la relación con los principios enunciados por la *Grundgesetz* en orden de la función jurisdiccional: ese principio ha sido considerado como una regla de “razón natural” que consiste en una manifestación del principio de razón suficiente,⁹³ así como en un presupuesto necesario del Estado de derecho que puede configurarse en cuanto tal siempre y cuando se coloque como *rechtsfertiger Staat*.⁹⁴ Además, si es verdad que de esta manera se destacan algunos aspectos relevantes de la exigencia que está en el fondo de la obligación general de motivación, debe reconocerse que dichos argumentos, considerados per se, no son suficientes para demostrar la existencia de dicha obligación entre las normas fundamentales vigentes en el ordenamiento procesal.

Desde un ángulo distinto, más significativo en el plano jurídico pero también más problemático, se ha visualizado en el principio de obligatoriedad de la motivación una manifestación directa de otros principios constitucionales enunciados por la Constitución de Bonn, entre los cuales se encuentra la garantía de *rechtliches Gehör* (artículo 103, párrafo 1) y el principio de la subordinación del juez a la ley (artículo 20, párrafo 3).⁹⁵ Ante la falta de certeza de la jurisprudencia, que no ha asumido posiciones claras y unívocas a este respecto,⁹⁶ la fuerza probatoria de estos argumentos sigue

siendo muy discutible, especialmente cuando se intenta sostener que la garantía del contradictorio o el principio de legalidad implican directamente la obligación general de motivación. Estas argumentaciones dejan abierto un espacio muy amplio para las posiciones especulativas,⁹⁷ o incluso para las negaciones radicales de la posibilidad de configurar un principio constitucional implícito de obligatoriedad de la motivación.⁹⁸ Es verdad que éstas últimas se basan en una lectura excesivamente limitativa de las normas constitucionales en cuestión,⁹⁹ y en ocasiones parten de una impostación errada de la relación que existe entre la norma ordinaria y la norma constitucional¹⁰⁰ sin embargo, contribuyen a demostrar cuántas incertidumbres subsisten en mérito de la deducción de la regla general de obligatoriedad de la motivación a partir de los otros principios constitucionales inherentes a la función jurisdiccional.

En verdad, la fase en la que se presentó el problema antes referido en Alemania y que, dado su valor emblemático, hemos examinado de manera sintética, se caracteriza por la presencia de dos elementos que aún no encuentran una armonía adecuada. Por una parte, parece ser más evidente y difundida la percepción del fundamental papel garantista, en sentido jurídico y político, que desarrolla la motivación en la estructura del estado de derecho moderno, de manera que la exigencia de la generalización de dicha garantía como principio fundamental del ordenamiento procesal parece fundarse en razones sólidas. En sentido contrario, la elaboración del sistema de garantías enunciadas por el legislador constituyente todavía no alcanza, aunque haya llegado a ser particularmente amplia, un nivel que permita dar cabida al principio de obligatoriedad de la motivación y su integración en el cuadro jurídico de las garantías fundamentales del proceso. En sustancia, se trata de un desfase entre una exigencia político-jurídica e instrumentos normativos e interpretativos, que en abstracto no parece ser estar colmado pero que tampoco parece estar superado.

Desde el punto de vista de la problemática constitucional en materia de obligación de la motivación, el panorama comparado en los países de la *common law* se caracteriza por una tripartición delineada de la siguiente manera: junto al reducido grupo de ordenamientos en los que existe una norma constitucional expresa y en los que el único problema radica en identificar el alcance de la interpretación, está el grupo de ordenamientos en los que no existe una norma como ésta y que, a su vez, se divide en casos como el alemán en donde se percibe la exigencia política de integrar

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

las garantías fundamentales del proceso a la afirmación de la obligación general de motivación o los casos en los que, en cambio, dicha exigencia no se percibe y la dimensión constitucional del problema se descuida completamente.¹⁰¹

b. Ordenamientos de los países socialistas

La “familia” integrada por los ordenamientos procesales de los países socialistas merece una consideración aparte. Esto no sólo se debe a sus presupuestos políticos y estructurales, que los diferencian en términos generales respecto de otros ordenamientos de la *civil law*, sino también por un aspecto que impacta directamente al tema de la obligación de motivación de la sentencia civil. De hecho, se trata de un grupo de ordenamientos en los que esta obligación asume una configuración unitaria, con una sola excepción que se verá más adelante.

Por lo que se refiere a la Unión Soviética debemos advertir que el principio de la obligatoriedad de la motivación tuvo una afirmación solemne y de alcances generales en los principios fundamentales del proceso civil, promulgados en 1961, y destinados a construir el cuadro de referencia para las legislaciones procesales de las repúblicas federadas en lo particular: en la sección 37, de hecho, se afirma que la sentencia siempre debe indicar los hechos señalados, las pruebas y lo motivos de exclusión de los medios de prueba aportados por las partes, los términos de la norma aplicada y las conclusiones en atención a la demanda.¹⁰²

Este principio, posteriormente, se aplica en el código procesal civil ruso de 1964.¹⁰³ En el proceso del servicio civil socialista, la regla de la obligatoriedad de la motivación de la sentencia constituye una constante: se repite sin mayores cambios, y con un alcance general, en las codificaciones procesales de todos los países del Este.¹⁰⁴

Al respecto solamente encontramos una sola derivación, en la cual, mientras disminuye la importancia de la concepción de la obligación de motivación como una garantía fundamental y general de una adecuada administración de la justicia, sobresale una concepción netamente orientada hacia la concepción endoprocesal de la motivación. El artículo 238, párrafo 1 del Código Procesal Civil polaco, de hecho, excluye que exista una obligación del juez de motivar la sentencia, y prefiere que la motivación se redacte solamente en tres hipótesis, configuradas como excepcio-

nes, cuando: 1) una de las partes es una unidad de la economía socializada o una organización social del pueblo con actividad económica; 2) lo demande una de las partes; 3) aunque no exista una demanda de parte, la sentencia sea impugnada. En cambio, siempre deben motivarse las sentencias de apelación.¹⁰⁵ Una norma de este tipo implica una curiosa descomposición de las razones que normalmente se identifican con el fundamento de la obligación de la motivación, sin importar la función garantista que se asocia a la misma: la función, por decirlo de alguna manera, “pública” de la motivación se reconoce solamente en aquellos casos en los que las partes sean sujetos “públicos”, mientras destaca una concepción “privatista” del fenómeno en la segunda de las hipótesis prevista y la concepción técnico-procesal en la tercera.

No obstante, en el panorama general de las soluciones adoptadas en materia de los ordenamientos procesales de los países socialistas es predominante la conciencia clara de la función política de tipo garantista de la motivación, como demuestra la generalidad, uniformemente reconocida, de la obligación correspondiente. Desde esta perspectiva, el artículo 328 del código procesal civil polaco es significativo, más que como una simple excepción, como muestra de una fase particularmente atrasada de la evolución del problema de la motivación, tanto por lo que hace al perfil jurídico-político en general, como en relación con los principios fundamentales de naturaleza garantista en los que se basa el sistema procesal de los países socialistas.

c. Ordenamientos de la *common law*

Lo que se ha sostenido en el párrafo 1, inciso c), sobre la ausencia de la obligación de motivación en la historia del ordenamiento inglés, también constituye en buena medida una descripción adecuada de la situación actual¹⁰⁶ por otra parte, es necesario tener en cuenta que cada vez se difunde más la tendencia a considerar la motivación como un elemento necesario del *fair trial*, y por lo mismo a configurar algo parecido a un principio general de obligatoriedad de la motivación.

Sobre todo, debe subrayarse que la práctica tradicional, desde hace siglos orientada en la dirección de que los jueces deben expresar las razones de la decisión, se ha generalizado,¹⁰⁷ hasta el punto en el que su derogación se considera inexistente, y las desviaciones eventuales provocarían indudablemente una reacción legislativa en el sentido de prescri-

bir la obligación de la motivación.¹⁰⁸ Desde esta perspectiva, se podría decir que un principio de obligatoriedad de la motivación ya está incorporado en la práctica, y si no se enuncia expresamente en una norma es porque no parece necesaria la existencia de normas que lo establezcan. Además, esto implica consecuencias relevantes, especialmente si se confronta el sistema inglés con los sistemas de la *common law*: por un lado, se deja en manos del juez la elección de motivar o no, y especialmente la decisión de cuál modalidad de la motivación elige;¹⁰⁹ por el otro lado, la falta de normas sobre la necesidad de la motivación impide que ésta última se configure como un requisito de validez de la sentencia, y su ausencia o insuficiencia como un vicio jurídicamente relevante de la decisión.¹¹⁰

La afirmación inherente a la ausencia de una obligación expresa de motivar las sentencias es cierta en el área de la jurisdicción civil y penal, pero no describe la situación de las diferentes formas de jurisdicción especial y administrativa que se multiplicaron en Inglaterra en las últimas décadas. Debemos recordar, de hecho, que los *Tribunals and Inquiries Act* de 1958 impone a los tribunales especiales que expongan, a petición de parte, los motivos de la decisión,¹¹¹ la obligación de motivación también se impone a otros órganos especiales mediante leyes relativamente recientes.¹¹² Normas como ésta dan testimonio de la preocupación del legislador inglés por el carácter garantista del problema de la motivación: por un lado, al tratarse de órganos especiales de nueva creación, se había considerado que no se les debía extender automáticamente el prestigio tradicional y la autoridad característica de los jueces ordinarios; por el otro, la motivación resultó indispensable tanto para abrirle la puerta a las impugnaciones, como para permitir un control sobre las decisiones mediante el *judicial review*.¹¹³ Por otra parte, esa misma percepción en torno al problema hace que sea más difícil explicar la ausencia de una intervención legislativa análoga en el plano de la legislación ordinaria; tanto así que la explicación usual, relacionada con la confianza del ciudadano inglés en sus jueces, podría parecer, en la sociedad actual, poco menos que una mistificación voluntariosa. Además, y este es un aspecto muy grave del problema, cada vez es más evidente que la práctica de la motivación espontánea, por más que sea constante y generalizada en concreto, no permite satisfacer siquiera la exigencia procesal de fondo a la que se orienta la motivación, que consiste en fungir como trámite de la impugnación. Es cierto que se ha puesto en evidencia que dicha práctica, con frecuencia,

termina por conculcar o por hacer muy difícil o aleatoria, la posibilidad para las partes de impugnar la sentencia, de tal forma que la ausencia de una obligación expresa y general de motivación ha sido señalada como un grave defecto del ordenamiento procesal inglés, y se ha subrayado la necesidad de una norma general que prescriba dicha obligación.¹¹⁴

Por lo mismo, no parece sin fundamento la impresión de que el sistema tradicional comienza a considerarse con menos satisfacción y mayor perplejidad que en el pasado, aunque no sea posible afirmar que se haya verificado una verdadera transformación de posiciones en la manera de acercarse al problema. Por otra parte, se trata de un reflejo de las incertidumbres que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia inglesas, están presentes cuando se trata del tema de la obligatoriedad de la motivación: de hecho, no subsiste, por lo que sabemos, una orientación unitaria al respecto, y en la pluralidad de actitudes está presente de manera diluida la función garantista de la motivación como fundamento de una obligación de alcances generales. Por un lado, no faltan opiniones orientadas a configurar la motivación como uno de los requisitos fundamentales para un *fair trial*, o sea como garantía contra decisiones arbitrarias o no fundadas en las pruebas y en las defensas aportadas en el juicio, y como garantía de la posibilidad de impugnación.¹¹⁵ En sentido contrario, sobre todo por parte de la jurisprudencia,¹¹⁶ se suele excluir que la obligatoriedad de la motivación constituya un principio de *natural justice*, y consecuentemente se excluye la conformación de un derecho de las partes a obtener una sentencia motivada,¹¹⁷ salvo en los casos particulares en los que la motivación está prescrita por normas especiales.¹¹⁸

El dato de alcances generales que emerge de todo esto, y que de por sí tiene una importancia no despreciable, es que el problema de la obligatoriedad de la motivación ha comenzado a ponerse en discusión y ha dejado de ser una solución la costumbre de reenviarlo a la práctica tradicional. A pesar de las múltiples incertidumbres que hemos indicado, parece que tiene mayor capacidad persuasiva la inclinación favorable a la motivación como requisito de la *fair justice*. Pero aun falta por advertir que ha encontrado una manifestación concreta en el plano normativo solamente en el sector más fluido del ordenamiento procesal inglés, o sea, en el de la *administrative agencies*, lo que se debe tanto a la naturaleza especial de estos órganos,¹¹⁹ como a la ausencia de tradiciones consolidadas en sentido contrario en este mismo campo. Más refractaria a las innovaciones, a

pesar de las exigencias que surgen con fuerza en este sentido, parece ser el área de la jurisdicción civil y penal, en donde la tradicional valoración positiva de dicha práctica constituye una fuerte rémora para las intervenciones legislativas en materia de obligación de la motivación. Por otra parte, el problema no es el de hacer que los jueces motiven sus decisiones: para ello no hace falta una norma específica porque, como se ha observado de reciente,¹²⁰ “en la realidad inglesa ya no existe lugar para un pronunciamiento, aunque sea lejanamente jurisdiccional, que no esté motivado”. El verdadero problema, en cambio, reside en el hecho de que, desde el punto de vista de la garantía para las partes, la motivación espontánea no siempre permite un verdadero control sobre los fundamentos de la decisión; entonces, lo que hace falta no es una obligación genérica de motivar, sino una norma que garantice en todos los casos que tendrá lugar una motivación adecuada e idónea para permitir dicho control.¹²¹

Mientras para los demás ordenamientos de la *common law*, en principio, pueden valer las consideraciones que hemos desarrollado a propósito del sistema inglés,¹²² el ordenamiento norteamericano presenta rasgos de notable autonomía, aunque comparta el denominador común consistente en la ausencia de una norma o de un principio que impongan al juez la obligación de motivar su decisión.¹²³ Un primer elemento de diferenciación práctica en la práctica que, por lo que hace a las motivaciones espontáneas, está muy lejos de contar con la uniformidad que caracteriza a la situación inglesa.¹²⁴ Mientras la motivación es frecuente ante las cortes superiores,¹²⁵ no podemos hablar de una práctica análoga en los órganos de primer grado. Sobre todo, la motivación falta completamente en todas las hipótesis de *trial by jury*, en los casos de *non-jury trial*, la práctica de los procedimientos en *equity* contempla que el juez exponga los *findings of fact* y las *conclusions of law* sobre los que funda su decisión, pero no sucede lo mismo en los *trials at common law*, en los que el juez solamente puede pronunciar un veredicto sin motivación, similar al del jurado.¹²⁶ De la misma manera, en las *Courts of Appeal* el pronunciamiento se limita con frecuencia a declarar la apelación *affirmed o reversed*.¹²⁷ Se trata de un dato muy significativo, al menos, desde dos puntos de vista: por un lado éste hace evidente la ausencia de una *communis opinio* acerca de la pertinencia de la motivación incluso a falta de prescripciones como la que, en cambio, puede considerarse expresa en la práctica inglesa; por el otro, resulta imposible considerar que el principio de obligatoriedad de

la motivación, no afirmado en el nivel normativo, tenga vigencia en la práctica (como sucede a propósito del ordenamiento inglés).

La situación del problema en los Estados Unidos se diversifica también en otro aspecto decisivo, inherente a su percepción en el plano doctrinal o jurisprudencial. De hecho, no consta, que la doctrina estadounidense haya configurado la motivación como requisito del *natural justice of the fair trial*, a pesar de la amplia y conocidísima elaboración llevada a cabo en función de la *due process clause*. No faltan algunas tomas de posición en el sentido de la oportunidad de la motivación como una garantía de la decisión y a través del control (especialmente de las partes) sobre la actuación del juez,¹²⁸ pero esas posturas no llegan a configurar la motivación como requisito necesario en el nivel general y, sobre todo, no proyectan la oportunidad de una verdadera y real obligación al respecto. Consideraciones análogas valen para la jurisprudencia que, por lo que consta, nunca ha planteado la necesidad de la *reasoned decision*. En un solo caso la Corte Suprema llegó a considerar indispensable una decisión motivada bajo la perspectiva del *fair trial*,¹²⁹ pero el significado de dicha sentencia no debe sobrevalorarse porque se trataba de definir los requisitos de un procedimiento no jurisdiccional y porque no parece que la Corte haya querido fijar un principio válido a nivel general.¹³⁰

En sustancia, entonces, el aspecto más relevante de la situación americana es, a diferencia de lo que sucedió en Inglaterra, una indiferencia difusa, con pocas y limitadas excepciones, respecto de la función garantista de la motivación, que se justificaba sólo en una medida restringida por las manifestaciones que el fenómeno conoce en la práctica. En una situación de esta naturaleza, que junta la doctrina predominante con la jurisprudencia, es totalmente comprensible que nunca se haya planteado en el nivel jurídico, ni siquiera desde la perspectiva de las garantías constitucionales del proceso, el problema de la obligatoriedad de la motivación.

3. LA OBLIGACIÓN DE MOTIVACIÓN EN LA NORMA ORDINARIA: ARTÍCULO 132, N. 4 COD. PROC. CIV.

El panorama comparado delineado en el párrafo precedente ha permitido evidenciar la existencia de una amplia orientación, a pesar de algunas excepciones relevantes, en el sentido de considerar la obligato-

riedad de la motivación como un principio general del ordenamiento procesal, o bien como regla general de *natural justice*.

En la amplia medida en la que dicha orientación puede considerarse concretamente existente, da testimonio del surgimiento de una amplia sensibilidad hacia la función de la motivación como instrumento de racionalización de la justicia y, al mismo tiempo, de garantía de justicia de la decisión y de legitimación del papel del juez.

Sin embargo, es necesario evitar que dicha constatación se traduzca en una generalización superficial sobre el significado que podemos atribuirle a la obligación de motivación dentro de la estructura del ordenamiento procesal y, sobre todo, en el contexto de las concepciones jurídico-políticas en las que se identifica la dimensión ideológica de dicho ordenamiento. En sustancia, si es posible identificar el significado que dicha orientación pone de manifiesto en el plano de la teoría general del proceso, no se llega automáticamente a la conclusión de que a todas sus manifestaciones se les pueda asociar el mismo significado jurídico y político. El hecho de que, en abstracto, la afirmación normativa de la obligación de motivación sea un dato susceptible de interpretaciones diferentes dependiendo de la situación histórico-política en la que nos coloquemos, es un dato muy obvio, que se confirma con la sintética revisión histórica que hemos realizado. La polivalencia del dato normativo se manifiesta, además, también desde otra perspectiva, que podemos encontrar en los diferentes ordenamientos de *civil law*: se trata, en sustancia, de la diversificación inherente a la función que se adscribe a la motivación (y, por tanto, a la *ratio* que funda la obligación relativa), dependiendo de si ésta se configura como un instrumento técnico-procesal, o bien como un trámite de garantía político-constitucional. Desde este punto de vista, tiene sentido preguntarse cuál es la finalidad a la que responden las diferentes normas que, al interior de un mismo ordenamiento, imponen al juez la obligación de motivar sus decisiones.

La génesis de un problema de esta naturaleza debe buscarse sustancialmente en algunos elementos de discontinuidad que se han presentado en el plano histórico, y que pueden sintetizarse en la relación dialéctica y, como quiera que sea, de distinción, entre concepción endoprocesal y extraprocesal de la motivación.¹³¹ Dichas discontinuidades no solamente se verifican, por así decirlo, en los largos tiempos de la historia del problema, sino que lo hacen dentro de la estructura de los ordenamientos

individuales considerándolos en sus manifestaciones recientes y actuales. Un caso emblemático de lo que estamos diciendo está representado por nuestro propio ordenamiento, en el que la relación entre el artículo 132, n. 4 del código procesal civil y el primer inciso del artículo 111 de la Constitución no puede definirse en términos de identidad, salvo que se quiera incurrir en groseras simplificaciones.¹³² De hecho, es intuitivo, o cuando menos se trata de una hipótesis que tiene sentido controlar, que la obligación de motivación prescrita por la norma del código de costumbre tiene una función y un significado distinto de los que se vinculan con el principio constitucional.¹³³ La validez de la distinción debería resultar del seguimiento de la investigación; ésta se anticipa, como hipótesis de trabajo, con la finalidad de justificar el análisis del problema relativo a la obligación de motivación en dos aspectos, el primero referido al significado de la imposición de dicha obligación en el nivel de la norma ordinaria, y el segundo al significado del mismo principio afirmado a nivel constitucional o de “justicia natural”.

El elemento de mayor relevancia, al respecto, tanto en nuestro ordenamiento como en otros, es que, aunque, por una parte, la obligación de motivación se coloca en el nivel de la normativa ordinaria a partir de las codificaciones de la segunda mitad del siglo XVIII y se generaliza con las codificaciones procesales del siglo XIX; por la otra, no es posible afirmar que éstas traduzcan en normas positivas una regla percibida como principio general y necesario del ordenamiento, sino un instituto que se considera útil para el mejor funcionamiento del mecanismo procesal. La afirmación del principio de obligatoriedad de la motivación como principio fundamental, en cambio, es un fenómeno muy reciente —con la sola excepción de la Constitución francesa de 1795 y de la Constitución belga de 1831—, que lo podemos encontrar, seguramente, solo después de la Segunda Guerra Mundial, y en gran medida como producto de los cambios en las condiciones histórico-políticas.

Teniendo esto en cuenta, parece legítimo considerar que a la base de los dos fenómenos se encuentran concepciones diferentes de la motivación y del papel del juez que realza la obligación correspondiente,¹³⁴ ahora vale la pena identificar esas concepciones y establecer si, y de qué manera, la llegada de la concepción “constitucional” integra o modifica el significado de la normativa ordinaria preexistente.

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

a. La *ratio* de la obligación ante las partes

Tradicionalmente, a la base de las normas ordinarias que imponen la obligación de motivación de la sentencia civil se ofrecen diversos tipos de razones.

La primera pone en evidencia la función que la motivación tiene ante las partes y retoma temas que ya se encontraban presentes en la doctrina del derecho común, y que en parte surgen para respaldar a las reformas del siglo XVII.

Esa función se identifica desde una triple visión. Por un lado, se afirma que la motivación debería persuadir a las partes (o a sus abogados), y en especial a la parte perdedora, de la bondad y la justicia de la decisión, así como del hecho de que el juez valoró los fundamentos de las exigencias y excepciones contrapuestas.¹³⁵ En ese sentido, la consecuencia del resultado positivo de la motivación debería consistir, evidentemente, en el persuadir a las partes para que no impugnen, por lo que se espera que las impugnaciones disminuyan en la medida en la que el fundamento de la sentencia resulte racional y evidente.

Se trata, como es fácil observar, de una explicación empírica y superficial¹³⁶ sobre la que no conviene explayarse; basta con observar que, en la medida en la que se considere que contiene algo de verdad, resulta ser una función de la motivación como elemento racionalizador del sistema, dado que debería servir para consolidar la autoridad de la decisión entre las partes y para reducir la incidencia del elemento patológico constituido por las impugnaciones. En verdad, si la presunta eficacia persuasiva de la motivación sirve para justificar la obligación correspondiente también en el caso de los órganos de última instancia, la consecuencia que se desprende tiene un alcance explicativo más limitado, ya que vale únicamente a propósito de las sentencias contra las que puede admitirse un medio de impugnación cualquiera.

El segundo tipo de *ratio* que suele asociarse con la obligación de motivación en relación con las partes es más consistente, incluso desde el punto de vista jurídico, pero igualmente limitado en su significado explicativo. En sustancia, esta *ratio* consiste en el hecho de que, cuando la sentencia se encuentra motivada, no solamente resulta más fácil la valoración de la pertinencia de la impugnación, sino que es posible identificar de una manera más precisa los vicios de la sentencia que pueden constituir motivos de impugnación.¹³⁷

Desde esta perspectiva también adquiere significado la primera parte del numeral 4 de artículo 132 del código procesal civil que prescribe una exposición concisa del desarrollo del proceso: esa norma, que en un primer momento parecería ser sólo una reminiscencia de las prescripciones antiguas de los *ordines iudicarii*,¹³⁸ no carece de relevancia si asumimos que su finalidad es que en la sentencia haga evidentes los vicios que provienen de la violación de normas procesales.¹³⁹ El hecho innegable de que esos vicios pueden ser causa de impugnación, aun cuando no provengan de la sentencia, atenúa el alcance funcional de la norma, pero no quita que pueda interpretarse como una norma que tiene por objetivo garantizar la impugnabilidad de la sentencia por vicios *in procedendo*.

En esta misma dirección, la prescripción inherente de manera más específica a los “motivos de hecho y en derecho de la decisión”, contenida en el mismo artículo 132, n. 4, responde a la finalidad de hacer posible que puedan detectarse los vicios *in indicando* de la sentencia, sobre los que se erige la impugnación. A diferencia de lo que se ha señalado sobre la exposición del desarrollo del proceso, la exposición de motivos tiene una función importante en la identificación de los vicios de la sentencia, y en la formulación de los motivos de la impugnación, porque la motivación en estricto sentido realmente representa la única fuente para la eventual determinación de los errores *in iudicando* cometidos por el juez, incluso cuando, evidentemente, la sentencia puede impugnarse también por vicios que no provengan directamente del texto de la motivación.¹⁴⁰

También desde este punto de vista, la motivación —así como la obligación correlativa— constituyen instrumentos de racionalización del sistema procesal en un segmento particularmente delicado que es el que se refiere a la determinación de los vicios de la sentencia y a la formulación de los motivos de la impugnación. Al respecto, parecen francamente superadas las objeciones de quienes, retomando de nueva cuenta algunos temas propios del derecho común, advierten el peligro de que la motivación, precisamente porque en el límite termina representando la expresión involuntaria de los errores del juez, debilita la autoridad de la sentencia también porque facilita las proposiciones de la impugnación.¹⁴¹

Además se debe subrayar que la función racionalizadora de la motivación resulta particularmente clara, en su relación con la impugnación, también desde otra perspectiva. Por un lado, nuestro ordenamiento no conoce la posibilidad de impugnaciones genéricas, sino que parece orien-

tada a vincular el objeto de la impugnación, individualizándolo, con los motivos específicos de la impugnación misma. Esto no vale solamente para las impugnaciones que pueden definirse típicas, sino también para la única forma de impugnación no típica, esto es la apelación.¹⁴² O bien, es posible entender que un sistema de impugnación que haga juego con la especificidad de los motivos de cargo, presupone necesariamente que la sentencia debe motivarse, ya que, de lo contrario, la determinación específica de los motivos de impugnación sería concretamente imposible.¹⁴³

Si consideramos el hecho de que, aunque falte la garantía constitucional del correspondiente doble grado de jurisdicción, sigue subsistiendo el derecho a la impugnación como prolongamiento o componente del derecho de acción tutelado por el primer numeral del artículo 24 de la Constitución,¹⁴⁴ surge con claridad un nivel ulterior al que la obligación de la motivación está atado por una *ratio* indiscutible.

La obligación de motivación, de hecho, parece ser un instrumento necesario para garantizar la efectividad de dicho derecho, en tanto la motivación es necesaria para que éste pueda concretamente ejercerse.

Como quiera que sea, aunque de esta manera se pone en evidencia un aspecto de indiscutible funcionalidad de la obligación de motivación en el sistema procesal, no puede decirse que sirva para explicar de manera adecuada la generalidad de dicha obligación ya que, por el contrario, lógicamente, la *ratio* que se desprende se orienta hacia hacer indispensable la motivación de las sentencias respecto de las cuales se prevea una forma cualquiera de impugnación.

El tercer perfil, en cambio, tiene una eficacia explicativa más amplia. Desde esta perspectiva puede identificarse la *ratio* de la obligación de la motivación ante las partes y consiste esencialmente en la necesidad de que el contenido de la decisión pueda individuarse y definirse de manera adecuada, a partir de las afirmaciones del juez. También en este caso es posible encontrar precedentes significativos: desde los canonistas, y bajo su ejemplo la doctrina del derecho común, establecieron una serie de casos en los que la motivación, incluso ante la ausencia de normas en ese sentido, se consideraba necesaria para evitar que la sentencia produjese efectos más allá del *quantum iudicatum*, y que el *jus agendi* de las partes fuera comprometido por decisiones que en realidad no lo declararan inexistentes.¹⁴⁵ Análogamente, la *ratio* de la obligación de motivación estaba expresa en el *codex Friedericianus Marchius* tanto en el sentido de

hacer posible para las partes una comprensión adecuada de la decisión, como en el sentido de evitar que las mismas recurrieran a un procedimiento especial para la *declaratio sententiae*, con la finalidad de resolver eventuales dudas interpretativas al respecto.¹⁴⁶

En la doctrina moderna, el papel como instrumento interpretativo que tiene la motivación con relación a la disposición se percibe con claridad; es más, de hecho, el propio numeral 4 del artículo 132, del código procesal civil se ha entendido como una norma que prescribe la interpretación contextual de la sentencia sobre la base de motivaciones que ésta misma expresa.¹⁴⁷

Solamente hace falta hacer notar que el interés general de las partes hacia la exacta individualización de los términos de la decisión, no se encuentra necesariamente ligado al problema de la impugnación: esencialmente, de hecho, la interpretación de la sentencia es necesaria para la determinación objetiva de lo juzgado.¹⁴⁸ Por otro lado, surge una exigencia general de la motivación como instrumento interpretativo de la sentencia, en tanto que se plantea la necesidad de determinar con exactitud el contenido del pronunciamiento.¹⁴⁹

En realidad, mientras las dos explicaciones que hemos mencionado tienen, aunque no puedan desatenderse, un alcance más bien limitado, el perfil de la necesidad de la motivación como instrumento interpretativo de la decisión puede aportar una *ratio* de valor general, desde la perspectiva de los intereses de las partes, a la norma ordinaria que prescribe, para cada sentencia, la obligación de la motivación.

b. La ratio de la obligación hacia el juez de la impugnación

Una de las justificaciones que con mayor frecuencia se proponen en función de las normas que, como el artículo 132 numeral 4 del código procesal civil, colocan a la motivación entre los requisitos de la sentencia, se refiere al hecho que aquella es necesaria para que el juez de la impugnación pueda juzgar mejor los fundamentos del gravamen.¹⁵⁰ En sustancia, se trata de ver al juez de la impugnación en una posición, respecto de la sentencia, que tiene diversos aspectos de analogía con aquella en la que se encuentran las partes: de hecho, también a este propósito es posible pensar en una función persuasiva y clarificadora de la motivación respecto de la fundamentación y el contenido exacto de la decisión a la que se refiere.¹⁵¹ Análogamente, la motivación también constituye para el

juez de la impugnación —así como sucede para las partes— el elemento en el que se revelan y adquieren existencia, obviamente verificable, los vicios que afectan la decisión. El hecho de que este aspecto del fenómeno se relaciona con un sistema de medios de gravamen que se inspira en muchos casos a la tipicidad del medio, pero también en una estrecha conexión entre vicio de la sentencia y motivo específico de la impugnación, acentúa la importancia del mismo.

El hecho de que la motivación tenga, en principio, una utilidad relevante para la valoración que el juez de la impugnación debe realizar en función de la decisión impugnada es más bien banal y, por lo mismo, no tiene sentido detenerse en este punto.

En cambio, conviene observar que, en realidad, todo ello presenta conexiones más bien tenues con el principio de obligatoriedad de la motivación establecido por el artículo 132 del código procesal civil, aun cuando, en un primer momento, podría parecer que el orden de consideraciones que examinamos nos ofrece una justificación puntual de dicho principio.

Al respecto, en primer lugar, conviene invocar la limitación a la que ya nos hemos referido y que es inherente a todas las explicaciones que se fundan en la relación instrumental entre motivación e impugnación: en sustancia, ésta consiste en el hecho de que dichas explicaciones no justifican la obligatoriedad de la motivación para las sentencias que no admiten alguna forma de impugnación.¹⁵² De hecho, serían perfectamente compatibles con esos argumentos algunas reglamentaciones completamente diferentes a este fenómeno y que, por otra parte, no son ajenas a la historia de las normas en materia de obligación de la motivación: por ejemplo, parecería aceptable una norma que prescribiera la motivación solamente para las sentencias impugnables o que, de plano, requiriera la motivación solamente después de que la sentencia haya sido impugnada, o solamente a petición de la parte que pretende impugnar.¹⁵³

Existe otro límite, todavía más grave, en el tipo de argumentación que ahora estamos considerando, y que consiste en el hecho de que para la misma parece ser del todo irrelevante el requisito de la publicidad de la sentencia motivada y, en el límite, ni siquiera parece necesario que las partes conozcan la motivación. Se entiende con facilidad, de hecho, que la finalidad de permitirle al juez de la impugnación que realice una valoración adecuada de la sentencia impugnada, mediante un examen de sus motivos, puede alcanzarse en un régimen como el que se difundió en los

países de lengua alemana hasta el siglo XVIII, caracterizado por el secreto de la motivación y por la posibilidad de que solamente el juez de la impugnación la conociera.¹⁵⁴

En la perspectiva bajo análisis, entonces, indudablemente la motivación se presenta como un factor de racionalización del sistema, en el momento de conexión entre la sentencia impugnada y la valoración del grado de fundamentación de la impugnación. Por otra parte, no se desprende que la única forma para llegar a esa racionalización sea el principio de obligatoriedad y publicidad de la motivación ya que, de hecho, la misma finalidad también puede alcanzarse cuando ese principio no existe.

Entonces, la conclusión es que, desde el punto de vista del mejor funcionamiento del juicio de impugnación, la obligación generalizada de motivación tiene una función en tanto —por así decirlo— “contiene” la obligación de motivación de las sentencias impugnables. Por otra parte, mientras, por una parte, la exigencias también al juez de la impugnación no hacen indispensable la obligación indiscriminada de una motivación pública; por la otra, esa obligación, cuando se encuentra positivamente sancionada, responde a exigencias y finalidades que son en gran medida diversas y que no se agotan en el perfil que hemos examinado.

c. Obligación de motivación y función de la casación

Sobre la cuestión de la función de racionalización de algunos puntos centrales del sistema de administración de la justicia, la obligación de la motivación puede considerarse también desde otras perspectivas que, si bien se identifican con otras conclusiones menos puntuales acerca de la estructura del mecanismo procesal, aportan elementos de mayor relevancia por lo que se refiere al significado de normas como el artículo 132, n. 4 del código procesal civil. Por ejemplo, el principio de obligatoriedad de la motivación puede interpretarse en virtud de la función que tradicionalmente se ha delegado a la Corte de Casación en el ámbito del ordenamiento procesal.¹⁵⁵ La referencia no se refiere sólo al control sobre el grado de coherencia lógica de la motivación, delegado en la Corte en virtud del artículo 360, numeral 5 del código procesal civil,¹⁵⁶ sino a la explicación de la función llamada de nomoprofilaxis y de unificación de la jurisprudencia, al que se asocia el papel fundamental de la propia Corte.¹⁵⁷

Por lo que hace a la función nomoprofiláctica, es evidente que puede ejercerse tanto cuando la eventual violación de una norma proviene del contraste entre la decisión y la norma, como cuando proviene de lo errado del razonamiento interpretativo mediante el cual el juez extrajo de la norma el criterio jurídico de solución de la controversia. Al límite, es más, el control de legalidad que se exige a la Casación consta esencialmente del control sobre la legitimidad de la interpretación emitida por el juez en virtud del supuesto específico que se decide.¹⁵⁸ Entonces, es claro que este tipo de control sólo puede ejercerse cuando la sentencia sobre la que se aplica contiene el razonamiento interpretativo realizado por el juez, es decir, se encuentre motivada.¹⁵⁹ La obligación de la motivación, entonces, puede considerarse como un instrumento destinado a permitir el control de legalidad por parte de la Corte, en la medida en la que el juez se ve obligado a dar existencia, con la motivación, al dato objetivo sobre el que dicho control debe ejercerse.

La conexión entre la obligación de motivación y el control de legalidad por parte de la Casación se encuentra en el mismo artículo 111 de la Constitución, en donde el artículo primero, que establece el principio general de obligatoriedad de la motivación, constituye una especie de premisa del artículo segundo que precisamente le otorga a la Corte de Casación el control general y final sobre la legalidad de las decisiones del juez de la causa. No se trata, por otra parte, de una novedad introducida por el legislador constituyente, aunque la cercanía topográfica de las dos normas sea particularmente significativa: en realidad, lo único que hace la norma constitucional es reproducir una conexión que ya existía implícitamente en la norma ordinaria anterior y que, a su vez, se inspiraba en el modelo del sistema francés, tal como dicho sistema se había presentado en el momento de las codificaciones napoleónicas.¹⁶⁰

En sustancia, entonces, la normativa constitucional simplemente constituye el punto de llegada de una línea constante, caracterizada por el ubicar en la Casación al órgano en el que se delega el control de legalidad de la aplicación de la ley, y en la obligación de la motivación al instrumento que sirve para garantizar que ese control sea posible.

Más adelante se observará que el principio establecido por el primer numeral del artículo 111 se presta a una lectura autónoma que, en rigor, no está vinculada con el segundo numeral y, también, de qué manera gracias a esta manera de aproximarse al significado de la norma constitu-

cional, surgen los elementos más relevantes y significativos del principio de obligatoriedad de la motivación.¹⁶¹ Sin embargo, aquí nos interesa subrayar que, desde la perspectiva instrumental de la obligación de la motivación con relación al control de legalidad delegado a la Casación, la norma constitucional no se aleja de la línea de tendencia que ya prevalecía en la legislación anterior, de hecho, más bien, ha adoptado y convalidado dicha tendencia. Por lo que se refiere a la relación entre la obligación de la motivación y la función unificadora de la jurisprudencia, que tradicionalmente se atribuye a la Casación, conviene advertir que se trata de un aspecto particular de la relación instrumental que existe entre la obligación de la motivación y el control de legalidad,¹⁶² tan es así que sustancialmente se podrían repetir las consideraciones que se han hecho hasta ahora sobre este mismo tema. Sin embargo, este segundo aspecto de dicha relación, nos permite poner en evidencia un elemento peculiar que, dentro del sistema procesal vigente y en el ámbito de la concepción endoprosesal de la motivación, sirve para explicar el alcance general de la obligación correspondiente.

Antes se ha observado de qué manera la consideración del papel que tiene la motivación para las impugnaciones sustenta la obligación de motivación pero sólo a propósito de las sentencias que son impugnables; de manera análoga, la referencia al control de legalidad que debe realizar la Casación, justifica a su vez la obligación de la motivación de las sentencias que pueden impugnarse en Casación, pero no la obligatoriedad de la motivación de las sentencias de la propia Corte, que se encuentra establecida por el artículo 132 del Código Procesal Civil y, evidentemente, por el primer numeral del artículo 111 de la Constitución.¹⁶³

La *ratio* de la generalidad de la obligación, que tiene un significado autónomo precisamente a propósito de las sentencias de la Corte de Casación, puede identificarse —en el nivel del sistema procesal que surge de la normativa ordinaria— sobre la base de la función de guía unificadora que dichas sentencias deberían realizar.¹⁶⁴ De hecho, es evidente que esas sentencias sirven como precedentes jurisprudenciales que tienen de facto autoridad,¹⁶⁵ si y en la medida en la que contengan la explicación y la justificación de la solución interpretativa que se adopta.

Se puede objetar, a este respecto, que en los hechos la jurisprudencia de la Casación no lleva a cabo la función de guía unificadora a la que nos hemos referido, ya sea porque la propia jurisprudencia de la Corte suele ser

poco uniforme y coherente cuando soluciona las mismas cuestiones,¹⁶⁶ o porque la Casación no es —o dejó de ser— el único órgano superior que “hace jurisprudencia” en materia civil; o, finalmente, porque las conocidas distorsiones que provienen del uso incongruente de las máximas, no permiten considerar que, en verdad, las motivaciones de las sentencias de la Corte sean las que constituyen los precedentes con autoridad de hecho.¹⁶⁷ Estas consideraciones tienen un sólido fundamento en la experiencia de la que la propia Corte es una vieja protagonista; incluso, en algunos casos, es lícito pensar que esta función, precisamente por la manera en la que se ejerce, es más contraproducente que útil para la administración de justicia.

A pesar de ello y, aunque sea legítimo considerar que se trata de una *ratio* muy frágil y discutible, dicha función —que la Corte debería realizar en el ámbito de su ubicación tradicional en la estructura del ordenamiento— representa el fundamento principal de la obligación de motivación de las sentencias de la Suprema Corte.

También es cierto que las motivaciones de la Casación sirven para permitir la identificación del principio de derecho destinado a valer para el juicio de reenvío (especialmente porque está muy difundida la práctica de no dedicarle a dicho “principio” un pronunciamiento formal especial): el fenómeno tiene una relevancia práctica, más que dogmática. En verdad, mientras se excluye que el principio de derecho es técnicamente calificable como un “motivo” de la decisión de casación, no es imposible imaginar un régimen en el que la Corte enuncie la regla de derecho vinculante para el juez de reenvío (como parte de la “decisión” en sentido estricto), aun sin estar obligada a motivar su propio juicio. En sustancia, entonces, mientras la motivación también sirve de hecho para dar a conocer lo que debería ser el principio de derecho, la reglamentación vigente de las relaciones entre la decisión de la casación y el juicio de reenvío no constituye propiamente una *ratio* posible de la obligación de motivación de las sentencias de la Corte (sin contar con que dicha obligación tiene vigor en todos los casos que no entran en la hipótesis a la que se refiere el artículo 384, numeral primero, del código procesal civil).

d. Límites de la concesión endoprocesal de la motivación

De las consideraciones anteriores resulta que la regla establecida por el artículo 132, n. 4 del código procesal civil se explica con base en una

serie de elementos diversos, cada uno de los cuales permite colocar bajo la luz a las exigencias específicas que dicha regla pretende satisfacer; además resulta que dicha regla tiene —bajo diversas perspectivas— una función de racionalización instrumental del sistema, respecto a la posición de las partes ante la sentencia, ante las impugnaciones y ante el papel de la Casación.

Las mismas consideraciones permiten algunas consideraciones muy críticas sobre el cuadro que se viene delineando.

En primer lugar, dicho cuadro tiene una cierta coherencia en la medida en la que se mantiene anclado al sistema procesal existente y a ciertas concepciones tradicionales propias de una serie de elementos de dicho sistema; en sentido contrario, esta aproximación al problema de la motivación no necesariamente conserva validez desde una perspectiva más general, o bien, en el ámbito de un sistema procesal en el que las impugnaciones se configuren de una manera radicalmente distinta, o en el que cambie el papel que se le atribuye a la Casación. Desde este punto de vista, las líneas del problema que se han delineado con anterioridad, parecen responder más a la descripción de una fase transcurrida por nuestro ordenamiento que a su perspectiva evolutiva.

En segundo lugar, poco a poco, se ha ido constatando que las explicaciones singulares que se dan a la regla de obligatoriedad de la motivación se refieren a diferentes manifestaciones del fenómeno, a las que les falta un vínculo orgánico y unitario, pero no que logran darle una visión global de la que se desprenda una *ratio* coherente para la regla en cuestión. También la sumatoria de las diferentes explicaciones resulta ser, desde esta perspectiva, del todo insuficiente.

En verdad, no parece que, a partir del contexto de la normativa procesal ordinaria, sea posible deducir la existencia de un elemento como la eventual voluntad del legislador de someter la operación del juez a un control externo y difuso de la opinión pública, aun cuando, considerada en sí misma, la normativa existente podría parecer idónea para ese fin. Si es posible identificar una inspiración global de la obligación de motivación, dejando de lado sus conexiones estructurales con otros elementos del sistema, esta consiste en la intención de someter al juez, imponiéndole la necesidad de motivar, a un control de tipo burocrático (coherente con la estructura jerarquizada de la magistratura) o, de plano, al control por parte del poder político. En otros términos, no existen razones para pen-

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

sar que el legislador ordinario haya sido guiado por una clara conciencia de la función democrática que el principio de obligatoriedad de la motivación puede llegar a tener; es mucho más atendible la hipótesis de que haya intentado utilizar la potencialidad de control que dicho principio contiene en clave autoritaria, para controlar al juez.¹⁶⁸

Finalmente, también es fácil hacer notar que, manteniendo la perspectiva del análisis solamente en el nivel de la normativa ordinaria, tenemos una visión fuertemente reducida de la función de la motivación y de las finalidades a las que responde la obligación correspondiente. De hecho, como se ha visto, dicha perspectiva no sólo no nos permite demostrar la necesidad de la obligación generalizada de motivación, sino que pone en evidencia algunas exigencias ante las cuales la propia obligación puede parecer superflua. En otros términos, se verifica una escisión relevante entre el fenómeno que se trata de explicar, o sea la norma que impone sin excepciones la motivación (además en un régimen general de publicidad de la sentencia), y las explicaciones individuales que la concepción endoprocesal de la motivación permite identificar. Entonces, la única conclusión de índole general a la que podemos llegar indica que dicha concepción es inadecuada para entender el alcance global que el principio de obligatoriedad de la motivación tiene en los ordenamientos procesales modernos, y postula su superación por parte de la concepción extraprocesal de la motivación. En nuestro ordenamiento, esto significa tanto un cambio de perspectiva en la aproximación del problema, como, más en lo particular, el pasaje desde el análisis de la normativa ordinaria hasta el principio establecido en el ámbito constitucional por el numeral primero del artículo 111.

4. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE OBLIGATORIEDAD DE LA MOTIVACIÓN: ARTÍCULO 111, PRIMER APARTADO, DE LA CONSTITUCIÓN

La identificación del significado que se le atribuye al principio constitucional de obligatoriedad de la motivación presenta problemas de diversa naturaleza, cuya solución difícilmente puede sintetizarse en una fórmula definitoria simple y unitaria. Por razones de claridad conviene enfrentar el problema desde tres ángulos distintos, aun cuando existen relaciones estrechas de implicación recíproca entre estos aspectos.

Desde un primer punto de vista, el significado del principio en cuestión puede establecerse considerando la norma constitucional que lo expresa como “norma sobre normas”, o sea, definiendo los efectos que ésta produce sobre la normativa ordinaria, integrando o modificando la materia que contiene en materia de la obligación de motivación de las disposiciones jurisdiccionales civiles. Desde un segundo punto de vista, el alcance de dicho principio surge con relación a su función jurídico-política, es decir, sobre la base de la *ratio* a la que responde en el contexto de los principios establecidos por la Constitución en materia del poder jurisdiccional. Finalmente, desde un tercer punto de vista, se debe establecer cuál es el significado del principio constitucional en cuestión como “norma para el juez”, o sea como fuente de criterios inherentes a lo que la motivación debería ser para constituir una realización satisfactoria de las exigencias político-jurídicas a las que la satisfacción de la norma parece estar orientada.

- a. Incidencia del principio sobre la normativa ordinaria;
el problema del decreto

La incidencia del principio constitucional de motivación sobre la normativa ordinaria se manifiesta en ámbitos relativamente restringidos, aunque no carezcan de relevancia práctica. Por lo que hace a las disposiciones judiciales que tienen forma de sentencia, el problema está en gran parte solucionado por una norma general, el artículo 132, numeral 4 del código de procedimientos civiles, que contempla que la sentencia debe motivarse en todos los casos. La eficacia de dicha norma puede ampliarse, además, siempre que, entendiendo la prescripción como inherente al “contenido” del acto,¹⁶⁹ se extienda también a las disposiciones que, aunque surgen de manera diversa (por error o porque dicha forma está prevista expresamente en la ley), tienen una “naturaleza” o una “sustancia” de sentencia ya que poseen un contenido decisorio.¹⁷⁰

Por lo que hace a la sentencia, entonces, en nuestro ordenamiento la eficacia autónoma de la norma constitucional puede explicarse por dos cuestiones más bien marginales: por un lado, ésta produce la ilegitimidad de cualquier norma ordinaria que permitiera al juez abstenerse de motivar la sentencia, o que de plano excluyera la motivación. Por el otro, impone la interpretación integradora de cualquier norma que no contemplara expresamente una obligación de motivación propia de supuestos

particulares de sentencia (las cuales, por otra parte, en cualquier caso entrarían en el ámbito del artículo 132, numeral 4 del código procesal civil).¹⁷¹ Consideraciones similares valen para el caso de las ordenanzas, para las cuales la motivación ('sucinta') se encuentra contemplada en términos generales por el artículo 134 del código procesal civil, y el principio constitucional explica solamente la eficacia marginal que se ha indicado a propósito de la sentencia.

En verdad, un problema de contraste entre norma constitucional y norma ordinaria sólo se plantea a propósito del decreto, ya que el artículo 135 inciso cuatro del código procesal civil establece como regla la ausencia de motivación, reenviando en vía de excepción a las normas específicas que expresamente exigen la motivación del decreto.¹⁷²

El problema se discute en el ámbito de elaboración de la norma constitucional¹⁷³ y en los años sucesivos ha entrado en vigor de la constitución y sobre el mismo se expresaron dos opiniones contrapuestas. Por un lado, partiendo de la formulación general del artículo 111 primer numeral, se concluía directamente en el sentido de que la misma también comprendía los decretos, en tanto disposiciones en los que se manifiesta la función jurisdiccional, y que debería considerarse en contraste con el principio constitucional el artículo 135 del código procesal civil, en tanto orientado a excluir la motivación del decreto. Por el contrario, haciendo juego sobre la naturaleza administrativa, o, como sea, no decisoria, del decreto, se excluía que el mismo reentrara en la categoría de los "dispositivos jurisdiccionales", por los que la norma constitucional prescribe la obligatoriedad de motivación, y consecuentemente se afirmaba la plena legitimidad del artículo 135 del código en cuestión.¹⁷⁴

En verdad, parece que no existen dudas relevantes sobre la validez de las dos primeras opciones comparadas, si consideramos que la mayor parte de las exigencias que se vinculan con la obligación general de motivación (y que serán analizadas de una manera más analítica a continuación) surgen, a propósito del decreto, de una manera sustancialmente parecida a lo que sucede a propósito de la sentencia de la ordenanza. Esto vale, por ejemplo, para la exigencia de control externo en función de la fundamentación y de la legalidad de los actos con los que se ejerce el poder jurisdiccional, o bien, desde el punto de vista del derecho de defensa de las partes o de la posibilidad concreta de un adecuado control jurisdiccional sucesivo sobre la disposición en cuestión.

Sin embargo, conviene subrayar que la opinión contraria, en los términos en los que suele expresarse, se fundamenta en premisas muy discutibles, como la de la “naturaleza” no jurisdiccional del decreto y la de la aceptación de que la norma constitucional recibió una definición dogmática particular del concepto de “disposición jurisdiccional”. Sobre la primera afirmación es suficiente con hacer notar, sin entrar en detalles, que tiene el defecto de colocar en el marco de la interpretación del artículo 111, numeral primero, una problemática muy compleja e incierta, que se enfrenta con otros fines y con diferentes coordenadas dogmáticas y doctrinales: la misma, en parte, es ajena al cuadro interpretativo que se adecua a la norma en cuestión y, sobre todo, no parece ser idónea para ofrecer soluciones unívocas y satisfactorias. Sobre el segundo punto, es posible notar que la recepción implícita, por parte de la norma constitucional, de una de las definiciones dogmáticas preexistentes del decreto, no ha sido demostrada y no parece demostrable. De hecho, la afirmación de que la norma solamente se refiere a las disposiciones decisorias (sentencias) o a las que surgen del contradictorio entre las partes (ordenanzas) sólo tienen valor si se considera de manera apodíctica que, en este caso, el *legislador plus dixit quam voluit*. Por el contrario, no es posible pensar en una definición amplia, *ad hoc*, de disposición jurisdiccional, más coherente con la *ratio* general de la norma bajo examen:¹⁷⁵ es decir, que se podría definir como jurisdiccional a cualquier disposición que surja de un órgano jurisdiccional en cualquier fase del ejercicio del poder jurisdiccional, o sea en todo el curso del proceso.

Una definición de este tipo no resuelve, evidentemente, todos los aspectos del problema, y ni siquiera nos lleva a concluir que todos los decretos deban motivarse sin excepciones: podrían quedar excluidos los decretos a los que se reconoce una función destacadamente administrativa, como son, por ejemplo, los de nómina del juez instructor, de fijación de audiencia, de nombramiento de consejero técnico y así sucesivamente. Sin embargo, esa definición tiene el valor de fundar la obligación de motivación de todos los decretos que, en la medida en la que influyen en el desarrollo del proceso o en la posición procesal de una parte, condicionan, directamente o indirectamente, la forma con la que las partes ejercen sus propios derechos en el juicio.

Por otra parte, es en esta dirección en la que se mueve de una manera uniforme la orientación doctrinal y jurisdiccional que prevalece en otros

países, en los que se ha planteado el mismo problema. Particularmente indicativa, al respecto, es la experiencia alemana, en la que ni siquiera se trata de interpretar una norma constitucional general, sino más bien de establecer si la obligación de motivación prevista por las normas ordinarias puede extenderse al decreto. Las soluciones sobre las que existe una amplia convergencia de opiniones hacen juego con la función de garantía que tiene la motivación ante las partes: de hecho, se considera que el decreto debe motivarse cuando se le opone una impugnación, cuando se decide en virtud de un medio de impugnación, cuando incide sobre los derechos de una parte.¹⁷⁶ En particular, respecto de esta última hipótesis, se ha observado con razón que la misma abarca prácticamente a todos los decretos que el juez emite en el curso del juicio, porque el curso de la causa siempre impacta en la posición procesal de las partes, de modo que todo ello implica una obligación general de motivación de los decretos y, además, deja al juez sin ningún espacio de “libertad de la motivación”.¹⁷⁷

Evidentemente se trata de una manera de enfrentar el problema que se coloca en línea con la concepción garantista de la motivación, especialmente respecto de las partes¹⁷⁸ y que, entonces, es coherente por lo menos con algunas de las principales exigencias a las que responde el principio general de obligatoriedad de la motivación. O bien, si dicha orientación se ha podido afirmar y consolidar en un ordenamiento en el que incluso hace falta una norma constitucional expresa en materia de obligación de la motivación, parecería obvio que *a fortiori* debe aplicarse un canon interpretativo similar al artículo 111 numeral primero de nuestra Constitución, cuyo tenor literal, además, parece orientarse en la misma dirección.

b. El principio en el sistema de los principios constitucionales sobre la jurisdicción

El principio de obligatoriedad de la motivación de las decisiones jurisdiccionales se inserta en el sistema de garantías que las constituciones democráticas crean para tutelar las situaciones jurídicas de los individuos ante el poder estatal y, en particular, ante las manifestaciones del mismo en el ámbito de la jurisdicción. En este nivel de generalidad, se trata de una constatación obvia que, en cuanto tal, no requiere de demostraciones específicas; además, el panorama histórico y comparado que se ha delineado anteriormente nos aporta elementos que confirman esta in-

interpretación. A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, la formulación expresa del principio contenido en el artículo 111, numeral primero, de la Constitución nos exime de demostrar que dicho principio sea parte de las garantías fundamentales de *natural justice*. El problema, entonces, solo radica en identificar el significado del principio constitucional de obligatoriedad de la motivación en el contexto de los principios de garantía establecidos para la función jurisdiccional y en congruencia con su alcance político general.

Si observamos al principio en cuestión desde la perspectiva de sus conexiones con los otros principios constitucionales inherentes a la jurisdicción, tenemos que presenta un carácter esencial de instrumentalidad, en el sentido de que su aplicación constituye una condición de efectividad de esos principios en la concreta administración de justicia. Desde este punto de vista, como se observará, emerge la función de la norma constitucional en cuestión como una “norma para el juez”, en la medida en la que éste ejerce su función observando los principios del ordenamiento y, también, en la medida en la que obedece “directamente” a la obligación constitucional de motivación.

En conexión con el principio de obligatoriedad de la motivación deben considerarse, por una parte, los principios de independencia y de sujeción del juez a la ley y, por la otra, la garantía de la defensa.

Es conocido que la Constitución garantiza la independencia del juez principalmente frente a los otros poderes del Estado, de manera que la independencia de cada juez se encuentra garantizada de manera indirecta, en la medida en la que subsiste la independencia del poder judicial en cuanto tal. Pero no es esta la perspectiva desde la que se observan las conexiones con el principio de obligatoriedad de la motivación, sino desde el punto de vista del “valor” que da sentido al principio de independencia, es decir, la imparcialidad del juez. De hecho, para mayor precisión, no da cuenta de la imparcialidad abstracta, entendida como ausencia de vínculos genéticos o institucionales de dependencia del juez, sino la que podríamos definir como imparcialidad “concreta”, esto es, la neutralidad del juez ante cada controversia que se somete a su decisión. En sustancia, no solamente el juez debe ser imparcial, sino que es necesario que la imparcialidad pueda verificarse en cada decisión concreta: la decisión no es imparcial en sí misma, sino en la medida en la que se demuestre que lo es. Entonces, el nexo con la obligación de la motivación es intuitivo: si

la decisión no motivada puede ser tanto parcial como imparcial, sólo mediante la motivación es posible evitar la parcialidad y, por tanto, garantizar la imparcialidad.

Así las cosas, el principio de independencia institucional del juez y el principio de obligatoriedad de la motivación están conectados, en la medida en la que ambos están orientados, por diferentes caminos, a garantizar el resultado de la independencia del juicio. La independencia del juez es una condición necesaria (aunque no suficiente), en tanto que vale la presunción de que el juez no independiente no siempre es imparcial; la obligación de motivación está orientada a poner en práctica una condición necesaria para la verificabilidad de la independencia del juez, en atención a la controversia que debe decidirse. Evidentemente, el problema de la imparcialidad no se resuelve de manera integral ni por la garantía de la independencia del juez, ni por la de la motivación: no es casual que solamente se hable de condiciones “necesarias”. Además, debe subrayarse que las normas constitucionales no pueden limitarse a dictar condiciones “de mínima”, o sea, a excluir del ordenamiento la figura del juez a priori parcial, por ser institucionalmente no independiente, y no estar obligado a dar cuenta de la manera en la que ejerce el poder que le ha sido otorgado.

Consideraciones en gran medida análogas valen para la conexión entre el principio de obligatoriedad de la motivación y el principio de legalidad de la decisión. De hecho, es posible afirmar que en cada decisión en lo singular se ve reflejado el “apego del juez a la ley”, sólo cuando la motivación demuestra que la ley ha sido válidamente aplicada al caso que se decide. Por otra parte, es intuitivo que ante la falta de motivación el problema en torno a la “legalidad” de la decisión queda sin solución, dado que la legalidad de la decisión no puede ser, de ninguna manera, verificada. Con mayor razón, esto vale si se rechazan las concepciones simplistas y mecánicas de la relación norma/decisión, y en cambio se ponen en evidencia los elementos de elección y de valoración que están en la base de la interpretación de la norma y de su aplicación al caso concreto: desde una perspectiva de este tipo, ninguna comparación inmediata entre decisión y norma permite establecer la coherencia de la primera con la segunda, ya que solamente el análisis del procedimiento interpretativo que el juez dice haber seguido permite establecer —mediante el control sobre las elecciones que implica y sobre los criterios que

involucra— si la decisión cae o no dentro del ámbito regulado por la norma en la que supuestamente se fundamenta la decisión. Esto equivale a sostener que, más allá de todas las afirmaciones abstractas sobre la obligación del juez de decidir observando la ley, la legalidad de la decisión debe poder verificarse en todos los casos concretos, mediante la verificación de la fundamentación de las razones que siguió el juez afirmara al aplicar la ley de una cierta manera con la finalidad de obtener determinados resultados concretos. La decisión, por tanto, debe ser “legal”, pero de hecho solamente lo es dentro de los límites y en las formas en las que demuestra serlo, y en la medida en que permite el control sobre la validez de dicha demostración. Desde esta perspectiva, para el juez, la obligación de motivación significa demostrar que el principio de legalidad fue efectivamente respetado en el caso de la decisión concreta.

Una función similar de garantía instrumental es la que explica el principio de obligatoriedad de la motivación en materia del derecho de defensa,¹⁷⁹ establecido por el artículo 124, numeral segundo, de la Constitución, aunque sobre este tema es necesario hacer alguna aclaración. También en este caso se trata de una garantía de controlabilidad (que no es diferente de las de imparcialidad y de la de legalidad de la decisión) sobre el respeto de los derechos por parte del juez. Lo que se busca verificar mediante la motivación no es tanto el hecho de que las partes hayan tenido la posibilidad concreta de valerse de todos los instrumentos que les ofrece el ordenamiento procesal para el ejercicio idóneo de sus respectivas razones, sino especialmente el hecho de que el juez haya tomado en consideración de manera adecuada a las instancias y a los alegatos manifestados en ejercicio del derecho de defensa. La garantía de la defensa pone en evidencia no tanto el aspecto que se refiere a la disponibilidad para las partes de los instrumentos procesales, como el aspecto que se refiere a la incidencia del uso de dichos instrumentos sobre la convicción del juez. Queda claro, por otra parte, que no sirve de mucho garantizar a las partes la posibilidad de usar los medios de defensa cuando, en los hechos, se concede al juez el poder de ignorar, en el momento de decidir, lo que las partes han aportado al “material del juicio”, en hecho y en derecho. No es causal que en el ámbito de la garantía general de la defensa se identifique un derecho de las partes a influir en la decisión, en donde tienen lugar el derecho a la prueba, el derecho de intervenir con argumentos sobre las cuestiones relevantes y así sucesivamente.¹⁸⁰

En verdad, se trata de un aspecto del problema de la defensa que todavía debe desarrollarse de manera adecuada en nuestro ordenamiento. De hecho, a la ausencia de elementos normativos se agrega la circunstancia de que la garantía establecida por el artículo 24 de la Constitución, en su numeral segundo, se ha orientado hacia el primero de los aspectos que hemos identificado, dejando de lado la conexión entre el ejercicio del derecho de defensa y decisión, así como el análisis de la modalidad con la que, en la propia decisión, puede verificarse el vaciamiento de dicha garantía. Sin embargo, no es difícil imaginar situaciones en lo que esto sucede: por un lado, se dan casos en los que recaen sobre la decisión las consecuencias de una mala “administración de las pruebas” por parte del juez que, por ejemplo, pudo haber rechazado de manera indebida la admisión de pruebas relevantes,¹⁸¹ o se aprovechó del poder discrecional que le otorga el artículo 209 del código procesal civil para dejar de lado la consideración de pruebas relevantes argumentadas por una parte.¹⁸² En situaciones de este tipo, los efectos de la violación del derecho a la prueba que tuvo lugar durante el juicio, consisten en la imposibilidad concreta, para una parte, de influir en la decisión del juez y, por lo tanto, en una decisión “en un solo sentido”: en ese caso, puede pensarse en la necesidad de una motivación específica para la exclusión de las pruebas, y para determinar el uso que ha hecho el juez del material de prueba “incompleto” con el que contaba al momento de decidir.

Por el otro lado, el vaciamiento de la garantía de la defensa puede tener lugar directamente en la decisión cuando el juez sigue la “tercera vía”, eligiendo una solución del litigio que no haya sido objeto de discusión entre las partes durante el juicio,¹⁸³ o bien, cuando eche mano de su propio libre convencimiento sobre los hechos de tal modo que termine sobrevalorando o subvalorando indebidamente el valor de los elementos de prueba aportados durante el juicio.¹⁸⁴ En estos casos, precisamente en la medida en la que la decisión se aleja de lo que, en concreto, había sido objeto del debate procesal que tuvo lugar entre las partes, es necesario que el juez justifique de manera específica y adecuada su decisión, demostrando —por lo menos— que consideró de manera adecuada las posiciones manifestadas por las partes durante la decisión, y expresando las razones particulares por las que aquéllas no influenciaron en la elección final.

Ello no implica que la garantía de la defensa sirva para deducir una obligación del juez de decidir y de motivar expresamente todos los alegatos

y argumentaciones expuestas por las partes,¹⁸⁵ una obligación en este sentido, si la entendemos de manera absoluta, produciría en muchos casos algunas consecuencias absurdas; sin embargo, dentro de los límites que más adelante indicaremos,¹⁸⁶ es necesario que la motivación justifique la decisión en virtud de las defensas alegadas por las partes, ya que sólo de esta manera es posible verificar si, en el momento de la decisión, no tuvo lugar una violación o un vaciamiento de la garantía de defensa.

Esto no excluye la posibilidad de que el juez realice elecciones autónomas, siguiendo una estrategia diferente de la de las partes, ni implica que éstas tengan el poder de limitar con sus respectivas defensas el ámbito de decisión; sin embargo, así como la realización integral de la garantía de defensa durante el proceso supondría un debate previo entre las partes sobre todos los puntos que el juez considera relevantes para la decisión,¹⁸⁷ parece igualmente necesario que sobre estos mismos puntos, sobre todo cuando difieren de las posiciones expuestas por las partes, se exponga una motivación expresa y específica. De hecho, es evidente que el derecho de las partes a influir en la decisión quedaría garantizado de una manera muy débil si no es posible establecer, mediante la motivación, si (y de qué manera) dicha influencia se verificó, o por cuáles razones no se verificó.

c. Significado ideológico del principio: la exigencia
de controlabilidad difusa sobre la administración de justicia

El principio constitucional de obligatoriedad de la motivación, considerado en sí mismo, no sólo es una “norma sobre normas”, como ya hemos ilustrado en el inciso a), sino que también representa una “norma para el juez”, en la medida en la que constituye un principio jurídico-político fundamental para la administración de la justicia, en la estructura del estado de derecho configurada por la Constitución.

Este principio, en su significado más profundo, expresa la exigencia general y constante de controlabilidad sobre la manera en la que los órganos estatales ejercen el poder que el ordenamiento les confiere y, desde esta perspectiva, la obligatoriedad de la motivación de la sentencia es la manifestación específica de un “principio de controlabilidad” más general, que resulta esencial para la noción moderna del estado de derecho, y que produce consecuencias análogas también en campos distintos al de la jurisdicción.¹⁸⁸

Para los fines de esa investigación lo que más importa es colocar en evidencia las implicaciones específicas que el principio de controlabilidad manifiesta cuando, en el ámbito jurisdiccional, se traduce en el principio de obligatoriedad de la motivación. Sobre todo, debemos evitar la reducción de los términos del problema cuando entendemos el concepto de “control” como equivalente al de “impugnación” y de la consecuente adopción exclusiva de la concepción endoprocesal de la motivación. De hecho, se ha subrayado anteriormente que esta aproximación permite algunas conclusiones explicativas de alcance restringido sobre la *ratio* de la obligación de motivación en los términos en los que ésta queda establecida por la normativa ordinaria, pero lo inadecuado de este punto de vista es todavía más evidente cuando nos referimos al principio constitucional. En realidad, mientras, por un lado, la concepción motivación/impugnación ni siquiera explica una obligación general de motivación de la sentencia, ni siquiera justifica y define el alcance de la obligación constitucional establecida para “todas las decisiones jurisdiccionales”. De hecho, la fórmula del artículo 111, numeral primero, es tal que resulta del todo incompatible con cualquier interpretación que, más o menos implícitamente, tienda a hacer coincidir el supuesto típico de la obligación de motivación con la de la sentencia impugnabile; además, ésta sería una consecuencia inevitable si se quiere ver en la impugnación a la única modalidad de control posible para las decisiones jurisdiccionales, y en el juez de la impugnación al sujeto exclusivamente legitimado para ejercer dicho control.

Por el contrario, precisamente la superación de esa visión reduccionista del problema parece coherente con el significado jurídico-político del principio bajo análisis, y permite identificar sus implicaciones esenciales.

De la superación de ese principio se desprende que la motivación no puede concebirse solamente como un trámite de control “institucional” (o sea en los límites y en las formas reglamentadas por el sistema de impugnaciones vigente), pero también, especialmente, como un instrumento destinado a permitir un control “generalizado” y “difuso” del modo en el que el juez administra la justicia. En otros términos, esto implica que los destinatarios de la motivación no son solamente las partes, sus abogados y el juez de la impugnación, sino también la opinión pública entendida en su conjunto, en tanto opinión de *quisque de populo*. La connotación política de este desplazamiento de perspectiva es evidente: la

óptica “privatista” del control ejercido por las partes y la óptica “burocrática” del control ejercido por el juez superior se integran en la óptica “democrática” del control que debe poder ejercerse por el propio pueblo en cuyo nombre la sentencia se pronuncia.

Entonces, el principio constitucional bajo análisis no expresa una exigencia genérica de controlabilidad, sino una garantía de controlabilidad democrática sobre la administración de justicia.

Desde este punto de vista, surgen conexiones relevantes con otros principios inherentes a la jurisdicción, y en particular con los principios de la publicidad y de la participación. Por un lado, el principio de publicidad explica su función garantista para la sentencia con la condición de que sea motivada, porque es claro que la publicidad de un *dictum oracular* sería más o menos inútil y, por el otro, la función de la motivación, como trámite del control externo sobre la operación del juez, sólo puede explicarse si se garantiza la publicidad de la sentencia motivada. Más en general, además, la publicidad y la obligación de motivación responden a la misma exigencia política de fondo, que es la de instaurar la posibilidad de una relación directa (y, entonces, de nuevo de control) entre administración de justicia y ambiente social.

Desde este perfil, resultan claras las conexiones entre obligación de motivación y “participación del pueblo en la administración de justicia”. Por un lado, las formas de participación directa en el proceso materializan (con los límites del caso) formas de control en el transcurso del procedimiento, ideales para garantizar indirectamente una especie de influencia externa sobre el juez, pero, con la única y discutible excepción del jurado popular, no materializan la participación (y, por lo tanto, el control sobre el juez) en el momento específico de la decisión. Se trata, entonces, de formas de interferencia anticipadas, y por lo mismo indirectas, sobre el juicio, de por sí inútiles, pero que se detienen en el umbral del juicio mismo, más allá del cual el “monopolio del poder” vuelve a ser reservado solamente para el juez como órgano estatal.

En sistemas de este tipo, como el nuestro, la eventual extensión de las formas de participación al proceso (pero no al juicio) puede hacer más intensa la interferencia indirecta, pero no quita la separación entre participación y poder monopolístico del juez togado en el juicio, fenómeno que corre el peligro de degenerar en sentido autoritario, en la medida en la que el juez sea ideológicamente poco receptivo de los resultados de la partici-

pación en el proceso de los sujetos que idealmente representan el ambiente social externo o algunos sectores del mismo.¹⁸⁹

Entonces, aquella forma especial de participación del pueblo en la administración de justicia que se explica en el control democrático a posteriori del grado de fundamentación del acto con el que el juez “hace” justicia, mediante la motivación, adquiere una importancia particular, de naturaleza política.¹⁹⁰

La objeción obvia, en el sentido de que en realidad un control de este tipo solamente se ejerce en pocos casos límite, porque además no podría ejercerse en todos los casos, parte de constataciones verdaderas *hic et nunc*, pero no incide en el alcance general de lo que se ha dicho hasta ahora.

Por un lado, lo que debemos garantizar en todos los casos, en el nivel jurídico, no es la efectividad del control externo sobre la operación del juez, sino la posibilidad efectiva de dicho control: la forma y la intensidad con la que dicha posibilidad se materializa abarca problemas que no son jurídicos, sino sociológicos y políticos.

Por otra parte, cabe señalar que, si la posibilidad del control como forma de participación puede parecer abstracta, en la medida en la que se refiere a una idea (precisamente abstracta) de opinión pública, esa misma posibilidad resulta mucho más concreta cuando está referida a fenómenos participativos particulares que ya existen y que están destinados —por lo que parece— a tener una extensión más amplia. Al respecto, es significativo el ejemplo de la participación de las organizaciones sindicales en la administración de la justicia del trabajo: es sabido que junto a las formas de participación directa (que contemplan el poder de actuar en juicio que está contemplado en el artículo 28 del Estatuto de los trabajadores y la posibilidad de presentar informaciones y observaciones con base en los artículos 421 numeral segundo y 425 de la nueva ley sobre el rito del trabajo), existen formas de participación indirecta, que van desde la gestación de los litigios iniciados por los trabajadores en lo singular,¹⁹¹ hasta las batallas políticas y sindicales que derivan en resultados judiciales de particular relevancia. Más allá de cualquier otra consideración, se trata de un caso en el que una agregación de intereses da lugar a la agregación de grupos o categorías sociales que quedan envueltas en el litigio y que, aunque son “individuales” por su forma, por su objeto abarcan intereses “difusos”.

Además, como es ampliamente conocido, fenómenos similares tienen lugar en otros campos que están caracterizados tanto por la formación de grupos, categorías o clases en torno de un núcleo de intereses difusos y comunes, como por la intersección entre intereses de este tipo y la situación jurídica individual que se deduce del juicio.¹⁹² En todas estas hipótesis, y precisamente por los fenómenos de coagulación de muchos sujetos en grupos identificados por intereses colectivos, surgen entidades sociales que, aunque encuentran con dificultades su ubicación jurídica en términos de las categorías tradicionales; se colocan en la situación de destinatarios de la decisión judicial y, por lo tanto, también en las condiciones concretas de ejercer con eficacia el control externo y difuso mediante la motivación, que está garantizado por el principio constitucional bajo análisis.¹⁹³

La identificación de la *ratio* de la obligación constitucional de motivación en la garantía del control democrático sobre el ejercicio del poder judicial, permite aclarar algunos puntos ulteriores sobre el significado de la obligación misma.

En primer lugar, la opinión muy difundida según la cual la motivación es un requisito esencial de la jurisdicción¹⁹⁴ parece sostenible si se funda en los presupuestos políticos e ideológicos que están a la base del artículo 111 numeral primero. En verdad, el análisis histórico y comparativo demuestra de una manera muy clara que, en el concepto endoprocesalista de sentencia, no existe ninguna implicación necesaria en ese sentido (de suerte que la necesidad de la motivación no puede demostrarse por vía dogmática y definitoria) y que, viceversa, la manera de enfrentar el problema es una variable dependiente del cuadro ideológico en el que se observa el tema general de la función política de la jurisdicción.¹⁹⁵ Entonces, se puede decir que la motivación es un connotado esencial de la jurisdicción en la medida en la que recoja la ideología democrática de la jurisdicción, que se encuentra detrás del artículo 111 de la Constitución, y según la cual existe un ejercicio correcto del poder jurisdiccional cuando se satisface la garantía de controlabilidad externa y ampliada, mediante la motivación, sobre la justicia y sobre la legalidad de los dispositivos en los que se concreta la jurisdicción. Más allá de dicha vinculación, se trataría de una afirmación apodíctica y ficticiamente “definitoria” en el plano jurídico.

Por otra parte, es claro que, en abstracto, nada impide definir, bajo el perfil dogmático, la esencia de la jurisdicción independientemente de

cualquier referencia al requisito de la motivación:¹⁹⁶ ello implicaría, no obstante, que asumiéramos una ideología diferente de la del estado democrático moderno y el regreso a la concepción burocrática y autoritaria de la función judicial.

El segundo corolario que puede extraerse de la *ratio* política de la obligación constitucional de motivación se refiere al significado preceptivo directo que la norma en la que se establece tiene respecto del juez. Si dicha norma fuera considerada descuidando su fundamento ideológico, sería posible hablar de una simple y pura obligación “formal”, para cuya satisfacción bastaría “cualquier” motivación. En cambio, dado que la motivación debe garantizar la posibilidad de control democrático sobre la sentencia, destaca un requisito de contenido de la motivación, consistente en la que se ha llamado *maximale Diskutierbarkeit* de los fundamentos de la decisión.¹⁹⁷

El problema de los requisitos que la motivación debe presentar para poder desarrollar la función que le es propia se discutirá desde una perspectiva más analítica en el apartado siguiente; lo que ahora nos interesa subrayar es que el requisito en cuestión es una consecuencia directa de la *ratio* política de la obligación de motivación, en tanto que se trata de una condición necesaria para que pueda ejercerse el control que la motivación debe garantizar. Hablar de *maximale Diskutierbarkeit* de la decisión significa esencialmente hablar de completitud de la motivación, porque es claro que el destinatario “externo” de la misma no puede discutir las razones de la decisión que la motivación no expresa. Por otra parte, no se trata de la necesidad de que la motivación sea un recuento integral del *iter* decisional (dada la discutida distinción entre razones reales y motivos expresos de la decisión), y ni siquiera solamente de un requisito genérico de adecuación de la motivación. La fórmula bajo análisis tiene un significado cargado de sentido porque impone al juez la responsabilidad de expresar en la motivación las elecciones de las que debe desprenderse la decisión como consecuencia racional y le exige que los criterios que determinaron dichas elecciones sean racionales: de hecho, desde el punto de vista del observador externo, destaca no tanto el contenido específico de la solución del litigio, como el hecho de que el mismo descende de la aplicación correcta de reglas de decisión “vigentes” y aceptadas en el ambiente social que ejerce el control externo sobre la operación del juez. Si se aceptara una concepción mecanicista de la interpretación de la ley y del juicio

en general, un requisito de este tipo tendría un valor muy limitado, porque en el extremo, el mismo podría quedar satisfecho con la mera y simple indicación de la norma aplicada; viceversa, la referencia a un modelo de decisión y de motivación “abierto” y ampliamente determinado por las elecciones valorativas del juez —como el que se ha delineado en el cap. V— impone que el requisito en cuestión subsista solamente cuando la motivación contiene una expresión orgánica y completa de las elecciones de las que proviene la decisión y de los criterios que las determinan. Esto, en particular, vale para los juicios de valor (que, como hemos visto, están presentes en todas las fases del razonamiento decisorio y justificativo), precisamente en tanto, ante la tendencia prevaleciente a no expresarlos claramente, se les coloca bajo una exigencia de control externo por parte del ambiente social.

Desde este punto de vista, entonces, *maximale Diskutierbarkeit* del fundamento de la decisión significa garantía de la posibilidad de ejercer un control externo sobre las elecciones de fondo, esencialmente valorativas, de las que la decisión representa un resultado final. Es intuitivo que no se trata de un mero control del grado de lógica o validez formal del razonamiento del juez, sino principalmente de una verificación de la congruencia de las elecciones del juez con los valores de la sociedad, o sea, de un control esencialmente político sobre el fundamento de justicia de la decisión.

5. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DE LOS MOTIVOS

Contrariamente a lo que se ha venido afirmando en la doctrina y en la jurisprudencia¹⁹⁸ debe considerarse que el artículo 111, numeral primero, de la Constitución, dada su naturaleza de norma fundamental en tema de obligación de la motivación, explica eficacia también en función de la determinación de los requisitos de contenido (además que de estructura) que, en concreto, la motivación debe presentar para que se pueda decir que el juez cumplió con dicha obligación.

El hecho de que la norma constitucional no tiene solamente la conocida eficacia de “norma sobre normas”,¹⁹⁹ sino que opera como una “norma para el juez” en el sentido de que incide necesariamente en lo que “debe ser la motivación”, resulta ser muy evidente si se piensa en algunos aspectos

peculiares de la situación normativa existente. Por un lado, las fórmulas utilizadas por el artículo 132, n. 4 del código procesal civil y por el numeral primero del artículo 118 (así como por el segundo numeral del artículo 118 con relación al juicio de equidad y por el artículo 823, n. 3, del código procesal civil a propósito del laudo arbitral),²⁰⁰ son de una generalidad extrema, que impide que identifiquemos en ellos una suficiente definición de “contenido” de la motivación. Esto implica que el significado del término “motivación” se establezca mediante una operación de heterointegración de las normas citadas, que debe acompañar tanto a la definición estructural del concepto de motivación (ver el tercer apartado del cap. V), como al significado que el mismo término asume en el ámbito el principio constitucional bajo análisis. Por otra parte, el reenvío a la norma constitucional como criterio general de integración de las normas ordinarias no es irrelevante o meramente verbal, aun cuando, en sí misma, ni siquiera la formulación literal de dicha norma tiene una eficacia definitoria particular. El *quid novi* que dicha norma introduce en el cuadro normativo que se refiere a la obligación de la motivación, de hecho, es fácilmente identificable, tanto respecto de la *ratio* instrumental de la norma con referencia a los otros principios constitucionales inherentes al ejercicio del poder judicial, como sobre la base de las exigencias jurídico-políticas que busca satisfacer y que, como se ha intentado demostrar en los apartados anteriores, son ajenas al cuadro sistemático en el que se inserta la normativa ordinaria en materia de motivación, *per se* considerada.

Finalmente, en la medida en la que no se considere la norma constitucional como una simple duplicidad de las normas ordinarias, también resulta diversificado el problema relativo a la identificación de los vicios de la motivación de los que proviene la nulidad de la sentencia,²⁰¹ en el sentido de que la misma no sólo debe tomar en consideración los requisitos necesarios para que la motivación sea idónea para explicar la función que le otorgan las normas ordinarias, sino también las condiciones que deben satisfacerse para que la motivación responda a las exigencias en las que se inspira la norma constitucional. Ello equivale a afirmar que debemos tener esto en consideración al definir el “contenido mínimo” necesario para que la motivación pueda considerarse adecuada.²⁰²

En sustancia, la identificación de lo que debe contener la motivación para que la obligación correspondiente quede satisfecha se encuentra directamente determinada por la *ratio* de la misma, y por lo mismo se

coloca en una perspectiva doble: si, por una parte, es necesario tener en cuenta la llamada función endoprocesal de la motivación, en la que suelen inspirarse la jurisprudencia y la doctrina dominante; por la otra, las soluciones formuladas desde esta perspectiva se verifican y se integran en el tenor de la función extraprocesal de la motivación misma, al que se conecta el significado peculiar del principio constitucional.

Para evitar generalizaciones y abstracciones inútiles, conviene tomar en consideración, en virtud del criterio doble de valoración antes indicado, cuáles son los principales problemas que la jurisprudencia ha enfrentado en materia del contenido necesario de la motivación, al interpretar el artículo 132, numeral 4, del código procesal civil. Ello teniendo presente que, dado que con frecuencia las conclusiones alcanzadas parecen satisfactorias desde la perspectiva de la concepción endoprocesal de la motivación, el aspecto más relevante de la investigación consiste en valorar su idoneidad en aras de la función extraprocesal de la propia motivación.

a. Crítica del criterio general propuesto por la jurisprudencia

Para valorar el contenido de la motivación desde la perspectiva de su completitud, la mayoría de la jurisprudencia contempla un criterio de máxima, en virtud del cual la obligación de motivación queda satisfecho cuando la motivación permite identificar el *inter* lógico-jurídico mediante el cual el juez es advertido de la decisión.²⁰³

Se trata de un criterio notablemente ambiguo y en gran medida oscuro, cuya frecuencia en las decisiones de la Casación no se explica tanto por su operatividad efectiva, sino considerando que, en la mayor parte de los casos, el mismo constituye un argumento usado para excluir que, en concreto, subsista un vicio de motivación de la sentencia impugnada.

En su formulación más común, el criterio bajo examen puede parecer erróneo o relativamente ficticio, dependiendo de si lo entendemos en sentido literal o si se intenta adecuar su significado a la realidad de los fenómenos a los que se refiere.

En su significado literal, el criterio es erróneo porque parece fundamentarse en el presupuesto, discutido anteriormente y negado en el plano teórico general,²⁰⁴ de la coincidencia entre motivos expresos y razones reales de la decisión, o bien sobre la asunción equivalente, también equivocada, de que la motivación exprese el *iter* lógico o psicológico sobre el que el

juez construyó su decisión. Por otra parte, también puede pensarse que la motivación debe entenderse, no tanto como un discurso que tienen una estructura y un significado propios, sino como una especie de punto de partida para iniciar la identificación inductiva e indiciaria de las razones reales de la decisión: hemos visto antes que dicho procedimiento es posible y legítimo, pero también se ha aclarado que se trata de un punto de vista que no corresponde a la adecuación de la motivación desde la perspectiva de su función justificativa.²⁰⁵ En sustancia, la razón de fondo por la que este criterio, entendido en su formulación literal más coherente, está equivocado consiste en asumir como parámetro de congruencia de la motivación las razones reales de la decisión o la capacidad del discurso del juez para facilitar que aquéllas puedan identificarse, y no tanto en la idoneidad de la motivación para aportar una justificación racional adecuada de la decisión. Por el contrario, dado que los motivos de la decisión, relevantes desde el punto de vista jurídico, son todos y sólo aquellos que directamente la motivación expresa como discurso justificativo,²⁰⁶ el problema de la congruencia de la motivación únicamente puede ubicarse en el plano de los “motivos expresos” (independientemente de su coincidencia con las “razones reales” de la decisión).

No sin cierta adaptación interpretativa es probable reconducir el criterio en cuestión a una perspectiva de este tipo, pero para hacerlo debemos superar el significado más inmediato de los términos en los que suele expresarlo la jurisprudencia y entenderlo como si sólo se refiriera al plano de los motivos expresos. Sin embargo, en ese caso es necesario constatar que se trata de un seudocriterio, que es difícil de utilizar para discriminar entre motivaciones adecuadas e inadecuadas: de hecho, a falta de mayores elementos, dicho criterio se reduce a una tautología según la cual la obligación de motivación queda insatisfecha cuando la decisión se acompaña con una motivación suficiente (sin que se definan las condiciones por las que la motivación se considera satisfactoria).²⁰⁷

En realidad, el dato que debemos constatar es que la jurisprudencia no parece haber superado el plano de las afirmaciones genéricas y de las seudodefiniciones: mientras que, por un lado, la insistente repetición acrítica de la fórmula antes mencionada la ha convertido en una cláusula estilística sin ninguna eficacia operativa; por el otro, ha faltado un intento para profundizar críticamente en el análisis de la motivación con la finalidad de definir “su idoneidad” en términos jurídica y lógicamente

aceptables. Este hecho quedará confirmado cuando analicemos la jurisprudencia relativa al artículo 360, numeral 5, del código procesal civil,²⁰⁸ por el momento basta con observar que, a pesar del gran número de decisiones sobre el argumento, la jurisprudencia sigue moviéndose en un marco de conceptos totalmente nebulosos o claramente equivocados.

Aunque por un lado es verdad que el criterio general bajo análisis suele utilizarse en decisiones que consideran que no es subsistente el vicio de motivación (circunstancia que explica la utilización de fórmulas poco significativas), ello implica que el control sobre la idoneidad de la motivación se haga de manera del todo superficial, así como la evidente posibilidad de que se consideren válidas motivaciones que no lo serían si existieran criterios más precisos y rigurosos. Por otro lado, también implica que en los casos poco frecuentes en los que la no idoneidad de la motivación es clara, lo cual se debe a una valoración no determinada por parámetros constantes, y por lo mismo tendencialmente casual y extemporánea,²⁰⁹ en la mejor de las hipótesis existen situaciones *ictu oculi* particularmente graves que violan el artículo 132, numeral 4 del código procesal civil,²¹⁰ pero no consta que se materialice un control crítico de la eficacia justificativa de la motivación respecto de la decisión.²¹¹

En la jurisprudencia influyen todas las incertidumbres teóricas y metodológicas que, como hemos recordado anteriormente,²¹² caracterizan la situación actual del problema de la motivación, ante las cuales como suele suceder prevalece la tendencia a evadir las dificultades y a refugiarse en conceptos estereotipados. En verdad, en la medida en la que el modelo silogístico resulta menos apropiado, y lo que existe es la falta de acuerdo en torno a un modelo estructural alternativo de la decisión y la motivación no podemos esperar que la jurisprudencia opere siguiendo parámetros unívocos y metodológicamente correctos: en sustancia dichos parámetros faltan en la medida en la que falta la referencia a la estructura racional de la motivación de la cual los mismos deberían provenir.

Viceversa, el modelo estructural de la motivación como justificación racional de las elecciones del juez representa, para la perspectiva que aquí importa, un conjunto orgánico de criterios a partir de los cuales sería posible valorar la idoneidad de la motivación. Esto vale para los criterios de plenitud, según los cuales la motivación debería expresar las elecciones que condicionan la decisión (y por lo tanto que la justifican por ser su

consecuencia lógica) fundándolas en criterios —jurídicos, fácticos, valorativos— por los cuales dichas elecciones son razonables. Análogamente también los parámetros que determinan la estructura lógica de la motivación pueden considerarse como criterios que sirven para valorar la idoneidad de las motivaciones singulares: basta con mencionar los ejemplos relativos al orden lógico de la prejudicialidad, de la regla de la coherencia contextual y de las reglas que definen la validez de los diferentes tipos de razonamiento lógico o argumentativo.

En el nivel general basta con referirnos al análisis teórico de estos problemas,²¹³ pero en lo particular es oportuno considerar de cerca algunas cuestiones sobre las que la jurisprudencia ha tenido que adoptar posiciones de mayor calado jurídico y de menor ambigüedad, precisando algunos puntos específicos inherentes a los requisitos de la motivación.²¹⁴

Entre éstos tienen importancia los que se refieren a los límites de admisibilidad de la motivación, llamados *per relationem*, a la figura de la motivación, llamada implícita, y a la motivación del juicio de hecho.

b. El problema de la motivación per relationem

En general, se tiene una motivación *per relationem* cuando el juez no elabora para un punto decisorio una justificación autónoma *ad hoc* sino que aprovecha la justificación contenida en otra sentencia. A este respecto podemos distinguir dos hipótesis principales:²¹⁵ la primera, de la que la jurisprudencia de la casación se ha ocupado con cierta frecuencia, se verifica cuando el juez de segundo grado recibe la justificación contenida en la sentencia de primer grado que ha sido impugnada ante él; la segunda, a la que la jurisprudencia no parece haberle dedicado particular atención, se verifica cuando el juez remite a la justificación contenida en una sentencia recaída en un juicio distinto o genéricamente a la jurisprudencia en la materia.

La admisibilidad de la primera hipótesis de motivación *per relationem*, según la corriente predominante en la primera mitad del siglo pasado que estaba influida por la doctrina y por la jurisprudencia francesas,²¹⁶ fue puesta en duda y el artículo 361, numeral 2 del código procesal civil de 1865 calificó como omisión de motivación el mero reenvío a otra sentencia.²¹⁷ También la jurisprudencia reciente, aunque falte una norma análoga en el código vigente, se orienta en este sentido,²¹⁸ pero debemos advertir

que ello no equivale, si nos atenemos a lo que la jurisprudencia suele establecer, a una verdadera negación de la admisibilidad de la motivación por reenvío a la sentencia impugnada. En realidad la única hipótesis que resulta claramente excluida es la de la motivación por mero reenvío en la que el juez se limita a manifestar que le parecen suficientes los argumentos de la sentencia impugnada sin tener la necesidad de volver a expresarlos.²¹⁹ En cambio es mucho menos contundente la actitud de la jurisprudencia ante las demás hipótesis posibles que son más problemáticas en la medida en la que resulta menos evidente la renuncia del juez a justificar de manera autónoma sus propias afirmaciones. De hecho, en algunos casos se ha considerado que la motivación *per relationem* es aceptable siempre y cuando el juez demuestre que “tuvo presentes” e “hizo propias” las razones adoptadas por el juez inferior.²²⁰ Se trata de un criterio que, a pesar de su extrema generalidad, resulta aceptable porque implica que la *relatio* es posible cuando el segundo juez realizó un juicio de idoneidad, para su propia decisión, de la motivación que elaboró el primer juez. Sin embargo, es poco productivo en el plano de la estructura de la motivación en apelación porque permite una simple repetición o recepción textual de lo que se dijo en la sentencia impugnada (ya que es claro que de esta forma el juez de apelación “hizo propios” los argumentos del juez de primer grado) sin aportar una justificación autónoma y original.²²¹

Una parte de la jurisprudencia, que hoy puede considerarse predominante, se ha dado cuenta de esta insuficiencia y sin llegar a negar la legitimidad de la motivación *per relationem* la condiciona a la existencia de requisitos específicos entre los que destaca que el segundo juez debe demostrar que valoró críticamente la suficiencia y la fundamentación de los argumentos que adopta ofreciendo su confirmación mediante la confutación de los motivos de impugnación planteados contra la sentencia de primer grado.²²²

De esta forma se refuerza la garantía de que el juez de apelación adopte una posición crítica consciente en torno de las razones en las que funda su decisión. Sin embargo, siguen en pie algunas perplejidades relevantes.

La primera, de tipo muy general, se refiere al hecho de que criterios como los que hemos mencionado contienen márgenes muy elevados de ambigüedad y de variabilidad: aunque es indudable que los parámetros de juicio deben ser elásticos es necesario garantizar que la elasticidad del criterio no sea tal que termine por banalizar la eficacia discriminadora.

Además el canon adoptado por la jurisprudencia tiene el inconveniente de identificar el punto de referencia de la motivación autónoma del segundo juez en los argumentos críticos promovidos por las partes al impugnar la sentencia de primer grado y no en la decisión que el propio juez emitió: dicho inconveniente resulta evidente cuando, aplicando con rigor el canon en cuestión, la jurisprudencia afirma que el juez de apelación no tiene la obligación de motivar la aceptación de los argumentos utilizados en la sentencia impugnada si los motivos de la impugnación no son muy específicos o ya fueron discutidos por el juez de primer grado.²²³

En realidad, la exigencia de reducir al máximo la ambigüedad de los criterios de valoración sobre la suficiencia de la motivación, y de adecuar ésta última a las funciones que debe cumplir (en particular desde el punto de vista extraprocesal) exigiría a la jurisprudencia un cambio radical de perspectiva hasta excluir la motivación *per relationem*.²²⁴

Evidentemente ello no implicaría que el juez de apelación tenga que diferenciar totalmente su motivación de la motivación del juez de primer grado porque eso, además de que no es necesario, suele ser imposible. Lo que debería exigirse al juez de apelación es que ofrezca una justificación propia, autónoma, y sobre todo elaborada específicamente sobre el *decisum* en apelación y no sobre las razones por las que se rechazan las objeciones a los fundamentos de la sentencia de primer grado: incluso cuando ello implicara sobreposiciones con los argumentos contenidos en ésta última se trataría de un inconveniente irrelevante comparado con la exigencia de que la sentencia de apelación contenga su propia justificación lógica y jurídica.²²⁵

Son menos concretos y más problemáticos los márgenes de la segunda hipótesis de motivación *per relationem* que se verifica siempre que el juez hace un reenvío a las argumentaciones contenidas en sentencias pronunciadas en otras controversias y que abarca también el reenvío a la “jurisprudencia” sobre las materias tratadas en la motivación.

Muy probablemente la poquísima atención que la doctrina y al jurisprudencia²²⁶ le han dedicado a este tipo de motivación, desde el punto de vista de su admisibilidad, ex artículo 132, numeral 4 del código procesal civil, se debe a la tendencia a asimilar el fenómeno en cuestión con fenómenos de otra naturaleza como la utilización de hecho del precedente jurisprudencial, el uso retórico de la *argumentum ex auctoritate* o un tipo particular de *obiter dictum*. Por otra parte, debemos evitar el desplaza-

miento del problema en estos distintos planos y subrayar que con frecuencia el reenvío a otras decisiones constituye un verdadero caso de motivación *per relationem*, de cuya legitimidad es lícito dudar.

Nulla quaestio, sobre todo, si el reenvío a los precedentes o a las “autoridades” jurisprudenciales tiene, en el contexto del razonamiento justificativo, el papel de un *obiter dictum* en particular si el punto decidido al que se refiere está acompañado por una adecuada motivación fundada *aliunde*: en ese caso se trata de un expediente retórico orientado a reforzar la eficacia persuasiva del discurso, cuya presencia no incide por sí sola en la idoneidad de la argumentación justificativa.²²⁷ El reenvío en cuestión tiene, dentro de estos límites, sólo la función de insertar la decisión en una orientación jurisprudencial más general, reforzando su aceptabilidad.²²⁸

El reenvío de los precedentes parece posible en otra hipótesis (en la que no se usa solamente *obiter*), o sea, cuando represente la expresión sintética de principios generales que el juez no toma en consideración, porque presupone que existe un acuerdo amplio sobre los mismos (la cita de los precedentes sirve precisamente para demostrar este acuerdo).²²⁹ En este caso tenemos un uso típico de la referencia a otras decisiones: en otra parte se ha visto que una de las funciones peculiares del razonamiento tópico en la motivación es precisamente la de permitir la utilización de principios o nociones cuya fundamentación se presupone en la *communis opinio* general o, como en la hipótesis bajo análisis, típica de un cierto sector de operadores del derecho.²³⁰

En sentido tópico el reenvío a los precedentes o a las autoridades puede insertarse en las argumentaciones justificativas porque puede servir para fundar las premisas de las que se parte o los criterios en los que se funda (y por ello no se reduce a un *obiter dictum*): y por tanto es legítimo porque constituye una forma particular para enunciar uno o muchos elementos sobre los que el juez construye la justificación de la decisión.²³¹ Por otra parte, precisamente el papel que tiene la citación del precedente excluye que la misma substituya a la motivación porque en todo caso sólo representa uno de los elementos que la constituyen.

Consideraciones de signo opuesto valen para la hipótesis contraria en la que un punto de la decisión no se encuentre motivado con argumentos *ad hoc*, pero en su lugar se encuentra solamente el reenvío a otras decisiones o la citación de máximas de la Casación que, por lo tanto,

representan todo lo que el juez afirma a favor de la decisión. En ese caso, es claro que se trata de un *obiter dictum* o de un uso tópico del precedente, sino de una verdadera motivación *per relationem*, que debe considerarse inadmisibles no sólo por las razones antes enunciadas a propósito de la motivación *per relationem* “interna” al propio juicio, sino también porque se traduce en una verdadera no motivación, sobre la que no es posible ejercer ningún tipo de control.

El fenómeno que más resulta evidente en este caso es el de la motivación de derecho “por máximas” en donde son más claras las adhesiones acríticas a la autoridad del precedente y la renuncia del juez a razonar autónomamente en torno al fundamento racional de la decisión. Desde hace tiempo la doctrina más relevante ha denunciado el *escamotage* que consiste en la sustitución de lo que debería ser la motivación, como justificación lógico-jurídica, con la citación más o menos causal de máximas (de cuya “autoridad” es lícito dudar),²³² y por ello podemos dejar de lado un estudio más analítico de la cuestión. Es necesario subrayar que la naturaleza real del problema no se entiende si nos colocamos de manera exclusiva en el punto de vista de la motivación y de las deformaciones profesionales que el mismo exhibe: más allá de las cuestiones de estilo tenemos el problema de juzgar la legitimidad de la motivación “por máximas” respecto de las normas y de los principios que definen la función de la motivación.

En la hipótesis que ha sido identificada, según la cual en el contexto del razonamiento justificativo la motivación se reduce a la remisión a las máximas, resulta indudable la valoración de ilegitimidad. De hecho, no es posible equiparar una o más máximas con una argumentación racional, pero —lo más evidente es que— sigue estando ausente la demostración de la aplicabilidad de las reglas que emanan de dichas máximas al supuesto que se decide, así como la demostración de su propia fundamentación jurídica.²³³ En sustancia, sigue faltando la conexión lógica entre la decisión y los criterios con base en los cuales se formula; conexión que es el núcleo indispensable de la motivación.

c. El problema de la motivación implícita

También sobre el tema de la motivación implícita, tenemos que la jurisprudencia suele recurrir al uso de reglas que son fáciles de identificar:

de hecho, en un gran número de decisiones se afirma que la obligación de motivación no implica el deber del juez de examinar analíticamente todas las deducciones y las argumentaciones de las partes, ni la obligación de considerar todas las fuentes probatorias, por lo que debe considerarse motivado el desechamiento de las instancias y de los resultados probatorios incompatibles con la decisión y con las razones expresas en las que se fundamenta.²³⁴

A primera vista, se trata de un criterio sensato y sustancialmente aceptable, en la medida en la que se orienta a convertir en objeto de la obligación de motivación expresa solamente aquello que es necesario para justificar de manera adecuada a la decisión.²³⁵ Pero si observamos con atención dicho criterio se caracteriza por una enorme ambigüedad que pone en duda su coherencia con la función que la motivación debe desempeñar.

De hecho, el principio en cuestión puede interpretarse en un sentido débil y en uno fuerte: en el sentido débil, excluye la necesidad de que la motivación se refiera específicamente a las argumentaciones de las partes en todos sus detalles, en particular cuando no tienen una incidencia directa en la decisión o cuando son superfluas. Del mismo modo, queda excluida la necesidad de la motivación específica de los elementos probatorios que resultaron irrelevantes. Entonces, resulta suficiente la motivación que toma en cuenta el “sistema defensivo” de las partes²³⁶ y el “conjunto de las pruebas” adquiridas en el juicio.²³⁷ El principio, dentro de estos límites, resulta aceptable aunque sea casi irrelevante porque sólo sirve para excluir argumentos inútiles.

Entendido en su significado fuerte, en cambio, el principio de la motivación implícita permite al juez omitir la motivación expresa sobre cualquier aspecto de la controversia, en particular cuando existan afirmaciones expresas que sean incompatibles con una solución diferente de las cuestiones que se resuelven de forma implícita. Entendido de esta manera, el principio bajo análisis provoca algunas perplejidades que no deben menospreciarse y que debemos considerar.

Sobre todo, cuando se afirma que no existe una conexión necesaria entre la actividad defensiva de las partes y el contenido de la obligación de motivación, la jurisprudencia habla genéricamente de “argumentaciones” de parte para excluir que el juez deba considerarlas analíticamente.

O bien, aunque no es posible reconocerle un derecho a una de las partes para que obtenga una respuesta explícita sobre cada argumento defensivo, tampoco se puede considerar que la parte nunca tenga un derecho de este

tipo; el problema debe observarse bajo la perspectiva de la relación entre garantía de la motivación y garantía de la defensa.²³⁸ A este respecto, parece necesario distinguir entre las “defensas” a partir de la importancia que adquieren en el marco de la controversia, o sea, dependiendo, por un lado, de si se trata de excepciones en sentido estricto o de defensas orientadas a obtener una decisión sobre hechos prohibidos o extintivos que actúan *ipso iure* y, por lo mismo, se recaban de oficio y, por el otro, que se trate de simples “argumentaciones defensivas”. En otros términos, es necesario separar las hipótesis por la que la defensa se orienta a colocar sobre la mesa una cuestión prejudicial (de derecho o de mérito) de aquella en la que la defensa se limita a la impugnación de alegatos enfrentados.²³⁹

En el segundo caso, puede resultar suficiente una motivación referida al “sistema defensivo” de la parte, entendido globalmente, porque cuando la respuesta a los alegatos del contrario es puntual y precisa,²⁴⁰ puede ser posible deducir las razones por las que el juez decidió considerar una de las tesis que se oponen y desechar la otra. En el primer caso, el problema se plantea en términos diferentes porque se trata de actividades defensivas que buscan provocar la decisión de cuestiones y que, por lo tanto, amplían el objeto que conoce el juez o, de plano, el ámbito de la decisión destinado a ser resuelto durante el juicio.

Más allá de que en esta última hipótesis la obligación de motivación específica no sería más que una manifestación de la obligación general de motivación sobre la “decisión”, existen otras razones por las que es lícito considerar que el principio de la motivación implícita no vale para la solución de las cuestiones prejudiciales en sentido lato. La primera de ellas se explica porque admitir la motivación implícita no puede significar admitir la omisión de la motivación sobre una parte del *thema decidendum*, sino sólo implica considerar que es válida la motivación que puede deducirse lógicamente de lo que el juez afirmó de forma explícita.

Y bien, esa condición de deducibilidad lógica de las razones por las que una cuestión prejudicial se resolvió de una determinada manera, no se verifica necesariamente en el contexto de las relaciones entre cuestión prejudicial y cuestión principal (que se supone expresamente motivada).²⁴¹ En verdad, lo que se encuentra implícito en la decisión de la cuestión principal, y por lo mismo que se deduce de la misma, no es la justificación de la solución que corresponde a la cuestión prejudicial, sino solamente la decisión de la propia cuestión prejudicial.

El mismo discurso vale para las cuestiones procesales: del hecho de que el juez haya decidido la causa en sus méritos, y de los motivos correspondientes, solamente es posible deducir, por ejemplo, que el juez se consideró competente y dotado de jurisdicción, pero no las razones por las que consideró infundadas las excepciones correspondientes.²⁴²

En línea general, tenemos que en el tema de la solución de las cuestiones prejudiciales, o bien, existe una motivación específica y expresa, o bien, no existe motivación alguna porque las relaciones de implicación entre la cuestión principal y la cuestión prejudicial (de la que depende la deducibilidad de los elementos que corresponden a la segunda, desde la primera) solamente valen para las respectivas decisiones pero no para las respectivas justificaciones. En sustancia, hablar de motivación implícita de la solución de cuestiones prejudiciales significa utilizar una fórmula ficticia porque la motivación no puede desprenderse de manera implícita, ni de la motivación ni de la decisión de la cuestión principal.

Una vez que hemos aclarado este punto, resulta evidente el contraste entre la orientación bajo análisis y los principios que gobiernan la función de la motivación ante las partes: tanto el fin de constituir un trámite para la valoración de la decisión de la impugnación, como la garantía general de la efectividad de la defensa, de hecho, resultan frustradas cuando admitimos que en materia de cuestiones prejudiciales la motivación puede, legítimamente, omitirse.

Por el contrario, parece configurarse, como *pendant* de la obligación que tiene el juez, el derecho de las partes a obtener una motivación específica y expresa sobre la solución de las cuestiones prejudiciales que las propias partes pusieron como objeto de excepciones específicas o de defensas o que hayan sido recabadas de oficio por el juez.²⁴³

En un plano más general, surge otra dimensión en la que el criterio adoptado por la jurisprudencia resulta ambiguo, y elusivo de las exigencias a las que responde la obligación de la motivación.

La jurisprudencia, al afirmar que es posible deducir de las argumentaciones expresas las razones por las que se rechazan las deducciones hechas por las partes, se basa en la supuesta incompatibilidad entre unas y otras: con ello, además, presupone que por lo que hace a la solución de una cuestión, las alternativas posibles siempre son solamente dos, una de las cuales excluye necesariamente a la otra, de manera que la elección de la primera justificaría siempre y de manera implícita, el rechazo de la segunda.

Pero se trata de una simplificación excesiva, y por lo tanto inaceptable, del problema. Por una parte, la contraposición lógica entre dos afirmaciones no siempre es de necesaria alternatividad,²⁴⁴ por lo que es posible que una de ellas no contenga en sí misma las razones que excluyen a la otra. Por otro lado, no siempre las soluciones posibles de una cuestión se reducen a dos posibilidades y, de hecho, las elecciones de principio que hace el juez se refieren a una gama amplia de posibilidades diferentes que no necesariamente se contraponen en el plano lógico:²⁴⁵ entonces, tampoco en este caso la elección de una alternativa constituye la justificación implícita (en el sentido lógicamente desprendible) de la exclusión de las otras.

De esta manera se llega a una alternativa del siguiente tipo: o se admite que el rechazo de una deducción de parte puede no estar justificado, pero las hipótesis en las que esto es posible dependen, como se ha visto, del contenido o de la función jurídica de la deducción y no de sus relaciones lógicas con lo que el juez dijo expresamente. O bien, en los casos en los que se considera que la motivación es necesaria, el concepto genérico de motivación implícita por incompatibilidad es ficticio (salvo en algunas hipótesis límite). Para que sea posible hablar de motivación implícita en sentido propio, de hecho, no es suficiente que el juez declare que escogió una alternativa diferente de la que proyectó:²⁴⁶ en cambio, es necesario, como requisito mínimo, que el juez enuncie expresamente el criterio de elección o de valoración con base en el cual, entre las diversas posibilidades, escogió una de ellas.²⁴⁷ Solo bajo esta condición, de hecho, es posible considerar que el contexto de la motivación contenga los elementos mínimos necesarios para que el intérprete pueda reconstruir las razones que justifican la exclusión de las posibilidades alternativas que el juez rechazó.

d. Cuestiones en materia de motivación del juicio de facto

Los diferentes problemas que surgen a propósito de lo adecuado de la motivación en función del juicio de hecho son de notable gravedad, tanto porque la práctica demuestra una propensión relevante a la justificación analítica y sobreabundante de las decisiones “en derecho” pero no sucede lo mismo con relación a las cuestiones “de simple hecho”,²⁴⁸ como porque al respecto se representan —si es posible con mayor intensidad— las incertidumbres examinadas poco antes y que se refieren a la plenitud de la motivación en general.

Por claridad de exposición conviene considerar esos problemas distinguiendo tres aspectos principales de la justificación del juicio de hecho, o sea la motivación del juicio de admisión de las pruebas, de la valoración con la que el juez excluye la aceptación de determinados medios de prueba y, finalmente, de la valoración relativa a las conclusiones probatorias de las que se desprende la constatación de los hechos.

1) En materia de admisión de los medios de prueba aportados por las partes, el problema más importante se refiere a la motivación del juicio con el que el juez rechaza la admisión de una prueba declarándola inadmisibile o irrelevante.²⁴⁹

Al respecto la respuesta que suele ofrecer la jurisprudencia es un corolario del principio general que ya ha sido analizado y según el cual no sería necesaria una motivación expresa para cada medio de defensa particular que las partes ofrecen: de hecho, de la misma manera, se afirma que el juez no tiene la obligación de justificar analíticamente su rechazo de cada deducción probatoria, ya que las razones relativas se deducen de manera implícita de la motivación correspondiente a la orientación que adoptó el juez para llevar a cabo la verificación de los hechos.²⁵⁰

También en este caso, además, encontramos un criterio que va mucho más allá de los límites dentro de los que sería aceptable. Si bien, por un lado, de hecho, sería absurdo exigir la motivación de instrucciones inútiles o dilatorias, ello no implica que deje de ser necesaria una justificación específica de la exclusión preliminar de las pruebas que, por la manera en la que vienen planteadas por el peticionario, parecen ser admisibles y relevantes: el juez debería motivar la declaratoria de inadmisibilidad o de irrelevancia en la que sustenta el rechazo de la instancia instructora.

Las razones que sustentan esta conclusión son distintas pero complementarias. Por un lado, hemos visto como el concepto de “motivación implícita” es ficticio o contradictorio en la mayor parte de los casos en los que es invocado y esto también vale, en la hipótesis bajo examen, para la deducibilidad de las razones por las que se niega la admisión de una prueba, por el puro y simple rechazo: en verdad, no es claro cómo pueden derivarse las razones por las que el juez, antes de llegar a esa convicción, consideró una prueba irrelevante a partir del hecho de que él fundó su decisión en otras pruebas.²⁵¹

Por otro lado, no es posible aceptar la equiparación sustancial, desarrollada por el sistema jurisprudencial que analizamos, entre “argumen-

tación defensiva” y deducción de pruebas, si lo que se quiere es llevar a cabo una devaluación de ambas actividades desde el punto de vista de la motivación. Ya hemos visto cómo es que uno de los contenidos fundamentales de la garantía de la defensa es el “derecho a la prueba”;²⁵² por lo que es posible hablar de un derecho a la admisión de la prueba relevante y dotada con los requisitos prescritos por la ley, sin señalar en sentido contrario el hecho concreto de que la admisión de la prueba se encuentra subordinada a una valoración discrecional del juez. Es más, ello implica que, cuando el ejercicio de ese derecho queda excluido o es delimitado por el juez a partir de dicha valoración (que, por lo demás, es incensurable en la Casación, al menos por lo que hace a su relevancia),²⁵³ surja el derecho de las partes a conocer, mediante la motivación de la sentencia, las razones específicas de la exclusión o de la limitación. De hecho, es evidente que, en ausencia de ello, la garantía inherente a la posibilidad de valerse de todos los medios de prueba útiles y admisibles, seguiría siendo meramente formal, porque el juez podría colocarla concretamente en la nada, mediante el rechazo sin motivación de las instancias instructoras de una de las partes.

En sustancia, la garantía de la defensa a través de la prueba se concreta o con la admisión de la prueba, o mediante la garantía instrumental de la motivación de la decisión preliminar con la que el juez precluye el ingreso de la prueba en el juicio, ya que sólo así es posible controlar el grado de fundamentación de uno de los elementos esenciales de la verificación de los hechos.²⁵⁴ En cambio, debe constatarse que la jurisprudencia predominante —dejando de lado algunas decisiones aisladas que prescriben la motivación expresa en caso de rechazo de las instancias probatorias—²⁵⁵ deja insatisfecha dicha exigencia porque pretende satisfacerla formalmente mediante el pseudoconcepto ambiguo de la motivación implícita.

2) En el caso del problema sobre la necesidad de contar con una justificación expresa de la decisión por la que el juez, cerrando la instrucción ex artículo 209 del código procesal civil, excluye considerar pruebas que ya habían sido declaradas admisibles o relevantes, valen consideraciones similares.

La jurisprudencia declara constantemente que se trata de una valoración incensurable si se encuentra debidamente motivada,²⁵⁶ con una enunciación de principio que es irrepreensible; en concreto, mientras por una parte acepta un uso deformado y sustancialmente ilegítimo del poder

discrecional del juez en materia de aceptación de las pruebas;²⁵⁷ por otra, termina haciendo banal la garantía final, y en cierta medida residual, de la motivación, porque considera que el rechazo que hace el juez de una prueba se encuentra adecuadamente justificado si el propio juez alcanzó *alilunde* una convicción suficiente de los hechos controvertidos.²⁵⁸

En sentido contrario, debemos analizar algunas consideraciones que ya hemos visto en sus términos más generales y que tienen que ver con el problema que nos ocupa.

En primer lugar, se replantean con fuerza las argumentaciones que ya fueron desarrolladas en el inciso b) en contra de la noción de motivación implícita: suponiendo que el juez haya alcanzado *alilunde* un convencimiento sobre los hechos, su enunciación contiene implícitamente las razones por las que no toma en cuenta la prueba sólo cuando ésta resulta inútil, o sea, cuando las circunstancias de las que se deduce correspondan a dicho convencimiento. En cambio, es mucho más problemática la hipótesis en la que la prueba se orienta a demostrar circunstancias diferentes o, de plano incompatibles, con el convencimiento del juez:²⁵⁹ en ese caso, la enunciación alcanzada mediante otras pruebas (que es motivada a partir de los resultados de las mismas) podría entenderse como una justificación del rechazo de las pruebas contrarias, pero sólo si se “absolutiza” indebidamente el fundamento racional de la convicción “libre” del juez sobre las pruebas que ya se adquirieron en el juicio.²⁶⁰ Sin embargo, el problema no se plantea propiamente en este plano, sino principalmente en el de la licitud de la falta de aceptación de una prueba relevante (en tanto que se orienta a contrastar el convencimiento que ya consiguió el juez). Si, de hecho, desde la perspectiva de la garantía de la defensa, es posible configurar un derecho de la parte a la admisión de la prueba relevante, éste sería relativamente inútil si no se admite también un derecho a la aceptación de la prueba relevante.

Esto se explica primariamente en la hipótesis en la que la prueba admitida sea, de hecho, aceptada; en ese caso, el único problema relativo a la motivación surge a propósito de la valoración de los resultados que la misma produjo. Sin embargo, deben todavía considerarse otras dos posibilidades: la primera es aquella en la que la prueba se haya hecho irrelevante porque el juez ya alcanzó un convencimiento conforme al *thema probandum*. En ese caso, el derecho a la aceptación de la prueba no se explica por falta del interés a hacerlo valer y, como quiera que sea, como

se ha dicho, la falta de aceptación de la prueba se justifica *tout court* sobre la base de dicho convencimiento.

Cuando esto sea distinto o contraste con lo que la parte pretendía probar, no sólo el derecho a la aceptación de la prueba no pierde importancia, sino que existe un mayor interés para que sea aceptada, precisamente porque la prueba se ha convertido en un instrumento de defensa particularmente importante, para la parte, en la dialéctica que conduce a la verificación de los hechos. En ese caso, la falta de aceptación de la prueba debe considerarse ilegítima, a menos que el juez demuestre la existencia de razones válidas que justifiquen una decisión (siempre posible, en virtud de la discrecionalidad reservada al propio juez) en ese sentido.²⁶¹

Solamente ante dicha demostración, que evidentemente no puede considerarse implícita, es posible considerar que la ausencia de aceptación de una prueba relevante no implica un juicio de hecho preconstituido de forma unilateral y, por lo mismo, que no represente una violación del contradictorio en la formación del juicio de hecho.

3) A la luz del principio del libre convencimiento del juez, en la configuración de juicio de hecho, la motivación asume un papel fundamental en la racionalización de la valoración de las pruebas, esto en la medida en la que la discrecionalidad de dicha valoración no excluye, por el contrario implica, que la misma se justifique de manera adecuada.²⁶² Mientras que el principio, que ahora se ha convertido en un lugar común en la doctrina y en la jurisprudencia, por el cual el convencimiento discrecional del juez sobre los hechos de la causa (en Casación) es incensurable, se ha sustraído de una motivación adecuada.

Si, además, descendemos desde el cielo de los principios generales hasta el análisis de la forma en la que los mismos se traducen en reglas de comportamiento concreto (tanto en el caso de los jueces que verifican los hechos, como en el de la Casación que controla la racionalidad de la verificación a través de la motivación), la situación parece ser mucho más problemática e insatisfactoria de lo que la sola enunciación de los principios permite suponer.

Un primer problema fundamental es que mientras, por una parte, se afirma que la motivación es el instrumento esencial para el control de la racionalidad del convencimiento del juez, por la otra, no es posible identificar los criterios de racionalidad en los que tanto el juicio de hecho, como la motivación correspondiente, deberían inspirarse. Esto, sin lugar

a dudas, es una consecuencia directa de la falta de estudio de los problemas relativos a la valoración discrecional de las pruebas y a los cánones de racionalidad que deberían guiarla: de hecho, el área de juicio que se vincula con el libre convencimiento del juez se ha entendido más como el lugar típico de la valoración subjetiva y completamente incontrolable, que como el campo de valoración no vinculante pero aceptable porque ofrece una justificación intersubjetivamente verificable.²⁶³

Mientras en el plano de la estructura del juicio esto implica la disolución de cualquier criterio de racionalidad y la desvinculación por parte del juez de algunos cánones-guía identificables, en el plano de la motivación se obtiene una completa incertidumbre y oscuridad, en la medida en la que ello debería constituir una justificación racional suficiente del convencimiento del juez sobre los hechos. Conviene advertir que la jurisprudencia dominante, cuya actitud “agnóstica” y omisa ha sido y es determinante para que esta situación de vacío conceptual exista y se perpetúe, tiende a derivar todas las consecuencias.

Por lo que hace a la formación del juicio de hecho, ya se ha hecho referencia en el punto 2) a los abusos que suele admitir en vía de aplicación del artículo 209 del código procesal civil; a este ejemplo pueden agregarse aquellos, particularmente significativos, del uso incontrolado y con frecuencia ilegítimo, por parte del juez del caso, de las pruebas llamadas atípicas o innombrables y de las presunciones simples.²⁶⁴

Por lo que se refiere más específicamente a la motivación del juicio de hecho, con relación a la racionalidad del juicio mismo, el vaciamiento sustancial de la función de garantía que ésta debería desarrollar proviene inmediatamente de la actitud ampliamente predominante en la jurisprudencia.

En primer lugar, ésta sostiene constantemente que el juez no tiene la obligación de asumir, en la motivación, la valoración específica que lleva a cabo sobre las fuentes individuales de prueba,²⁶⁵ siendo suficiente para justificar la verificación de los hechos, una consideración global y sintética de los elementos constitutivos sobre los que se base el propio convencimiento.²⁶⁶ Se trata, además, de nuevo, de un principio que, detrás de una apariencia de razonabilidad (siendo absurdo exigir una motivación particularizada de las pruebas irrelevantes, superfluas o ineficaces), contiene márgenes de ambigüedad notablemente graves. Basta con observar que de esta forma se permite que el juez excluya de la motivación la apreciación de pruebas relevantes, en particular si su resultado no coincide o,

de plano, contrasta con los resultados sobre los cuales el juez fundamenta su propia reconstrucción de los hechos.²⁶⁷ Además, en la medida en la que solamente se exige una valoración “global” de las pruebas, se admite también que la consideración sobre su eficacia se justifique de un modo genérico y formal, incluso cuando se trata de pruebas decisivas con relación a dicha reconstrucción.²⁶⁸

Que la sustancia de esa orientación tienda a admitir que la justificación del juicio de hecho puede, en parte, faltar y, en parte, limitarse a una motivación apenas ficticia, resulta evidente si observamos los dos corolarios que se desprenden de la misma.

Por una parte, retorna la afirmación recurrente sobre la admisibilidad de la motivación implícita, en el sentido de que la justificación de la poca importancia que se le da a algunas pruebas, debería provenir de la referencia a otras pruebas, que el juez pone como sustento de su propia convicción.²⁶⁹

Sobre el particular, son pertinentes las observaciones desarrolladas arriba, en el apartado c), relacionados con la noción general de motivación implícita; en este caso basta con subrayar que, en el mejor de los casos, el hecho de que el juez considere convincentes algunas pruebas puede implicar la valoración negativa de las pruebas contrarias, pero no las razones de dicha valoración, ni la valoración de otras pruebas que eventualmente estén orientadas a demostrar una reconstrucción diferente —no contrapuesta— de los hechos. En la idea de una motivación implícita sobre las pruebas que no fueron explícitamente consideradas por parte del juez, se encuentra presente la tendencia a legitimar la omisión de la motivación sobre algunos aspectos que también son muy relevantes en el juicio de hecho (y es sobre estos aspectos sobre los que habría sido más útil para hacer menos “seguro” el juicio mismo).

El segundo corolario del principio que ha sido mencionado, se refiere a la suficiencia de la motivación “global” o “sintética” y consiste en considerar que la indicación de las pruebas o de los elementos de los que se desprende la verificación de los hechos es idónea para justificar dicha verificación.²⁷⁰

Evidentemente, también en este caso existe una tendencia a considerar que la motivación implícitamente contiene todo lo que no está explícito en la misma, pero este no es el problema principal. La razón esencial por la que una regla de este tipo resulta, en principio, inaceptable, es que con la mis-

ma no es posible imponerle al juez la obligación de verificar su propio razonamiento sobre los hechos, en la medida en la que se omiten los criterios cognitivos a partir de los cuales, dadas ciertas fuentes de prueba, podemos decidir la existencia o la inexistencia de un hecho controvertido. Por el contrario, es claro que la ausencia de un señalamiento de dichos criterios puede descuidarse sólo en casos banales y de fácil solución para el sentido común, pero puede significar una total ausencia de justificación en los casos complejos, cuando se trata de elegir entre versiones contradictorias y en cierta medida atendibles sobre los hechos en disputa.

Por otra parte, la naturaleza fundamentalmente inferencial del juicio de hecho²⁷¹ implica que los resultados que coloca como criterio para decidir en la convicción del juzgador no son verificables (ni pueden considerarse como válidamente justificados) cuando el juez se limita a indicar los “puntos de partida” de la verificación, sino cuando indica (y eventualmente justifica) los criterios de racionalidad de las inferencias de las que se desprende la verificación final.²⁷²

Resulta, entonces, confirmada la impresión general de que la jurisprudencia, incluso cuando está preocupada por evitar los extremos, consistente en solicitar motivaciones superfluas o inútilmente analíticas, tiende a caer en el extremo opuesto, caracterizado por el hecho de no exigir con claridad los requisitos mínimos indispensables para que la verificación de los hechos pueda considerarse racionalmente justificada en la motivación. Parece indudable que esto depende de la dificultad que existe para identificar dichos requisitos, en conjunción con la extrema variabilidad de las situaciones concretas; sin embargo, es necesario constatar que la jurisprudencia no parece estar preocupada por este problema, en perfecta consonancia con su falta de sensibilidad con la función multiforme de garantía que tiene la motivación. En sustancia, la jurisprudencia, manobrando dentro de los amplios márgenes de ambigüedad que caracterizan a los principios y que afirma constantemente en modo acrítico y repetitivo, obtiene un resultado preciso que consiste en la absoluta falta de control sobre el juicio de hecho, en todas sus diferentes manifestaciones.²⁷³

e. El principio de completitud de la motivación

A partir de las consideraciones expuestas, tenemos que, a la luz de las funciones que la motivación debería desempeñar, el requisito de la pleni-

tud del discurso justificativo de la decisión, asume una importancia fundamental. Algunas manifestaciones específicas de dicho requisito ya han sido consideradas; lo que ahora interesa es precisar su significado general y poner en evidencia algunos de sus corolarios, en correlación con la práctica de la motivación que es dominante en nuestro país.

En primer lugar, la plenitud de la motivación no debe vincularse con aspectos ajenos a la justificación de la decisión, como son, por ejemplo, las “razones reales” del decidir o el *iter* lógico-psicológico del que la decisión constituye la última parte, dado que —como se ha subrayado reiteradamente— la función de la motivación no es la de reproducir dichas “razones” o la de describir las articulaciones del procedimiento decisorio. El parámetro con el que debe valorarse la plenitud de la motivación está constituido por las exigencias de justificación que surgen a propósito de la decisión y, por lo tanto, es un parámetro que tiene un significado cambiante en cada caso concreto, lo que hace poco pertinentes a los criterios formulados de una manera general y abstracta.

La referencia a las exigencias de justificación de la decisión individual implica dos consecuencias: la primera es que dichas exigencias son *in re ipsa* en cada punto relevante de la decisión. Esto no se refiere solamente a la hipótesis de decisión sobre muchas preguntas o muchas cuestiones sino que también, en general, se refiere a que existe la necesidad de la motivación de la interpretación de las normas aplicadas, de la verificación de los hechos, de la calificación jurídica del supuesto de hecho y de la declaración de las consecuencias jurídicas que se desprenden de la decisión.²⁷⁴ Desde esta perspectiva, decimos que está “completa” la motivación que ofrece una justificación adecuada para cada uno de estos momentos,²⁷⁵ en los que se articula la decisión entendida en sentido amplio como la solución de los puntos controvertidos: la decisión, entonces, es el parámetro de la motivación en la medida en la que es el contexto de las afirmaciones que deben justificarse, verificándose una hipótesis de motivación omitida cuando una de estas afirmaciones carece de un fundamento racional expreso en el contexto de la motivación misma.²⁷⁶

La segunda consecuencia de la conexión entre plenitud de la motivación y exigencias de justificación se refiere a lo que es necesario para considerar que una afirmación se encuentra motivada: esencialmente, la atención se ubica en la enunciación de los criterios que indican si la elección del juez es racionalmente correcta, se trate de criterios jurídicos o

hermenéuticos, cognitivos o, especialmente, valorativos. Desde este punto de vista, se logra la plenitud de la motivación de un punto decidido cuando el juez enuncia, además de las premisas y de los datos relevantes para la decisión, las reglas de elección por las que la propia decisión puede considerarse una consecuencia válida de dichas premisas.²⁷⁷ En caso contrario, en ausencia de la indicación de las premisas o del criterio de decisión, la falta de plenitud equivale a “insuficiencia” de la motivación.²⁷⁸

La referencia a estos parámetros generales de plenitud emerge también desde punto de vista de la estructura del discurso justificativo. Por un lado, dichos parámetros no implican que el discurso deba tener una forma deductiva: por el contrario, el análisis realizado hasta ahora a propósito del modelo deductivo de la motivación puso en evidencia las razones por las que el mismo debe considerarse inadecuado como esquema exclusivo de la justificación.²⁷⁹ Por otro lado, los mismos parámetros no implican siquiera que la justificación de la decisión deba ser esencialmente retórica, de hecho, ha sido posible constatar que el modelo exclusivamente persuasivo de la motivación puede traducirse en muchos casos en una seudojustificación, en cuanto tal no idónea para satisfacer las exigencias a las que debe responder la motivación.²⁸⁰

Vale la pena precisar que el principio de plenitud de la motivación, en el sentido que ha sido especificado, no contrasta con las exigencias obvias de brevedad y de claridad del discurso del juez, ni, tanto menos, implica una modificación de la práctica en el sentido de una mayor complicación o extensión de las motivaciones. Por el contrario, de ahí proviene la necesidad de abandonar el uso de las motivaciones pletóricas, cargadas de *obiter dicta* y de divagaciones doctrinales, muy difundidas, para adoptar un modelo de motivación más simple y lineal.

El problema no es, sin embargo, el de una reducción cuantitativa de las motivaciones (o, por lo menos, este es su aspecto secundario), contra lo que muchas veces se afirma,²⁸¹ sino el de una transformación cualitativa de la estructura de la motivación, que puede ser tanto clara como precisa, además de completa.

La realidad es que la práctica tiende a “inflar” la motivación con elementos superfluos, que son extraños o sobreabundantes respecto al modelo de la justificación racional pero, al mismo tiempo, incurre con mucha frecuencia en vicios de omisión y de insuficiencia del discurso justificativo, teniendo en ello —como se ha visto— el aval de la Corte de Casación.

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

Ante una práctica que se caracteriza por motivaciones excesivas en el plano retórico e incompletas en el plano racional, la adecuación al modelo ideal de la motivación, que resulta también de la función jurídico política que está destinada a desempeñar, implica una inversión de tendencia bajo todos los aspectos y no un simple y puro *self-restraint* de juez en el nivel estilístico. Por un lado, de hecho, es necesario satisfacer la exigencia de plenitud de la justificación según los esquemas y los parámetros que se han venido indicando, con particular atención a la controlabilidad de la argumentación justificativa expresa; por el otro lado, las exigencias de claridad y de síntesis pueden también satisfacer, reduciendo al mínimo los elementos superfluos y las argumentaciones no necesarias para la finalidad justificativa de la motivación. No debe olvidarse que el “valor” de los *obiter dicta* disminuye cuando aumenta la plenitud y la exposición de la *ratio decidendi*, y que una justificación racional ordenada y completa es el principal factor de claridad y de síntesis de la motivación misma. Todo esto presupone, además, en la jurisprudencia, una sensibilidad más refinada hacia los aspectos racionales y garantistas de la motivación, cuya escasa difusión explica la insistencia en el estilo judicial *quo utimur*, y constituye un serio obstáculo y una evolución efectiva en la manera de concebir y de redactar las motivaciones.

6. EFECTOS DE LA VIOLACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE MOTIVACIÓN

Una vez identificada la función de la obligación de la motivación, y delineadas las implicaciones que tiene para “lo que la motivación debería ser” con la finalidad de satisfacer dicha obligación, queda pendiente el problema de los efectos que se desprenden de su violación. Éste último presenta dos aspectos esenciales, que es oportuno distinguir en aras de la claridad expositiva: por un lado, está el problema de los vicios que provocan el recurso en Casación y de la naturaleza de control que la Corte ejerce sobre la motivación, que analizaremos en el cap. VII. Por otro lado, la violación de la obligación de motivación se ubica sobre todo en el cuadro de la disciplina inherente a la nulidad de la sentencia y, por tanto, en relación con la aplicabilidad del artículo 161 del código procesal civil.

La conexión entre defecto de motivación y nulidad de la sentencia, por más inmediata que sea,²⁸² no parece ofrecernos una solución para todos los problemas que provocan las violaciones posibles de la obligación de motivación. Además, aunque por un lado la misma no crea problemas relevantes en el contexto de la normativa ordinaria constituida por los artículos 132, n. 4 y 360, n. 5 del código procesal civil,²⁸³ por el otro, es necesario verificar cuándo y en qué manera la introducción del principio constitucional de obligatoriedad de la motivación, entendido principalmente como consagración de la función extraprocesal de esta última, incide en la configuración de la naturaleza jurídica de la motivación y de los vicios que la misma puede presentar. Ahora conviene puntualizar la definición de la motivación como “acto” procesal, y precisar ulteriormente el significado del principio que determina que, del defecto de la motivación, descienda la nulidad de la sentencia.

a. La motivación como requisito de estructura
de la medida jurisdiccional

Acerca de la naturaleza jurídica de la motivación, la tesis ampliamente dominante en la doctrina establece que la misma es el resultado de una actividad de documentación, de tal modo que la parte de la sentencia en la que están expuestos “los motivos en hecho y en derecho de la decisión” constituiría un documento, cuyo “intrínseco” vendría revisado en la exposición del *iter* decisorio.²⁸⁴ Se trata de una definición indudablemente coherente con las normas del código del rito que disciplinan el fenómeno, así como con la función endoprocesal de la motivación que las mismas presuponen: desde esta perspectiva, de hecho, la obligación de motivación establecida por el artículo 132, n. 4, como obligación de documentar los motivos de la decisión, se explica desde el punto de vista del funcionamiento del proceso, tanto por lo que hace al ejercicio de poder de impugnación de las partes, como por lo que hace al control que realiza el juez superior sobre el grado de fundamentación de la decisión. Sin embargo, con ello no se ha demostrado la exactitud de dicha definición, y de hecho la misma suscita algunas perplejidades relevantes, que nos llevan a reconsiderar la cuestión desde perspectivas diferentes de las que suelen adoptarse.

La primera perplejidad surge porque la motivación puede definirse como documentación del *iter* decisonal siempre y cuando se presuponga

una coincidencia necesaria, o al menos tendencial, entre “motivos expresos” y “razones reales” de la decisión, o bien, cuando se considere a los primeros como una expresión de las segundas.

Anteriormente se ha visto que esta concepción ha sido, y sigue siendo, dominante en la doctrina y en la jurisprudencia, y esto explica que de ahí se extraiga la definición de la motivación que aquí es considerada. Viceversa, en la medida en la que en el nivel general vale la distinción entre razones reales de la decisión y argumentaciones justificativas expresas,²⁸⁵ se desprende la imposibilidad de considerar la motivación, que contiene a las segundas, como una documentación inherente a las primeras.

Sobre la base de esta distinción, la motivación debería definirse como documentación de las razones lógico/jurídicas que justifican la decisión, pero ni siquiera una definición de este tipo puede considerarse satisfactoria. En verdad, es difícil establecer la línea de separación entre el acto que se intentaría documentar, o sea la formulación de las razones justificatorias, y la actividad con que las mismas se “documentan”.²⁸⁶ Dicha separación se encuentra inútilmente conceptualista, si postula la existencia ideal de las razones que deben documentarse antes de que ello suceda, o resulta banal, si es una manera artificiosa de enunciar la distinción entre el pensamiento y su traducción en forma escrita. Si después tomamos en cuenta que inevitablemente los motivos de la decisión son todos aquellos que la motivación enuncia, sin que tengan ninguna relevancia jurídica o lógica los argumentos que hayan quedado en mente *iudicis*,²⁸⁷ parece necesario concluir la coincidencia entre el “acto” de motivar, es decir, la formulación de los argumentos que justifican la decisión y la actividad consistente en la enunciación de dichos argumentos en el documento escrito que materialmente constituye la motivación.

La segunda perplejidad que suscita la definición de la motivación como documentación se refiere al hecho de que, mientras la misma explica la obligación de la motivación en el plano endoprocesal (es decir en virtud de los objetivos procesales por los que se exige la documentación), parece inadecuada como *ratio* de la norma constitucional (entendida tanto como “norma sobre normas”, como también como “norma para el juez”), desde el punto de vista de las finalidades extraprocesales que la misma persigue. A este respecto, parece ser más satisfactoria la definición que identifica en la motivación un elemento de estructura de la sentencia, aun cuando ésta haya sido acuñada en un contexto conceptual diferente,²⁸⁸

porque evidencia que hay una sentencia, como manifestación de la función jurisdiccional, cuando (y en la medida en la que) hay una sentencia motivada.

En verdad, la concepción que reconduce la esencia de la motivación al hecho de que se trata de un documento, no puede demostrar su obligatoriedad: ésta subsiste, en esa perspectiva, sólo (y en la medida en la que) existe una norma expresa que la sanciona, pero no es en sí misma un dato necesario. En hipótesis, desde esa concepción, serían coherentes las normas limitativas de la obligación de motivación, o en el límite exclusivas, que hacen depender el régimen del instituto solamente a la valoración que hace el legislador ordinario de la utilidad endoprocesal del “documento” motivación.

Por el contrario, la definición de la motivación como un componente estructural necesario para la normatividad jurisprudencial (que proviene directamente del artículo 111, inciso primero de la Constitución) —que nos dice que la decisión existe cuando es racionalizada y controlable— hace consonancia con los principios filosóficos y políticos de los que deriva el principio de obligatoriedad general e incondicional de la motivación.²⁸⁹ En sustancia, esto equivale a decir que la norma constitucional no impone al juez ninguna obligación accesoria respecto de aquello que constituye la manifestación típica de la jurisdicción, pero convierte a la motivación en una condición de “jurisdiccionalidad” de los mandatos del juez, en el sentido de que los mismos constituyen expresión de la jurisdicción cuando se encuentran motivados.²⁹⁰ Por otra parte, se trata de un dato que se vincula coherentemente con la naturaleza de la función jurisdiccional del sistema del Estado democrático, en la medida en la que presupone la posibilidad de controlar, de una manera amplia y externa, de las modalidades de ejercicio del poder que se le confiere al juez.

Evidentemente, ello implica una reformulación de la “esencia” de la jurisdicción, que tiene a la motivación como connotado necesario, en un sentido completamente diferente del de las definiciones que embonan con la decisión como manifestación de la voluntad del juez y encuentran en ella, y no solamente en la justificación del *dictum* judicial, el *principium individuationis* de la jurisdicción.²⁹¹

Podría objetarse que la definición que ha sido expuesta no es “verdadera” porque son numerosos, en el plano histórico y comparado, los ejemplos de ordenamientos en los que la motivación no constituye un elemento

esencial de la jurisdicción.²⁹² A este respecto, sin embargo, debe observarse que las conexiones entre la manera de concebir la jurisdicción y la estructura política del estado son inevitablemente estrechas, al grado que resulta legítimo ocuparse de la “validez” de los diferentes conceptos de jurisdicción con referencia a los principios sobre los que se funda dicha estructura, en lugar de buscar definiciones hipotéticas y universalmente “verdaderas” más allá de cualquier ideología o situación histórica.²⁹³ Desde este punto de vista, el concepto de jurisdicción que comprende también a la necesidad de la motivación vale para la concepción democrática del estado, mientras la concepción que embona únicamente con la manifestación de la *voluntas legis* a través de la *voluntas iudicis* se vincula con la concepción autoritaria del Estado mismo, o cuando menos con una concepción que no considera a las instancias que están contempladas en las normas constitucionales que regulan la jurisdicción.²⁹⁴ En el fondo, también la orientación doctrinal que ve a los mandatos jurisdiccionales desde la perspectiva del dualismo voluntad/razón (o voluntad/conocimiento) y privilegia al elemento voluntarista sobre el elemento racional, corresponde con una actitud cultural (que en realidad es una actitud ideológica) dominada por una concepción autoritaria del estado.²⁹⁵ Este tema exige una reflexión mucho más profunda de la que ahora puede ofrecerse: basta con notar que el dualismo es ficticio desde la perspectiva teórica, porque es producto de forzar en el plano conceptual la irreducible heterogeneidad fenomenológica del juicio. En realidad, la identificación de voluntad y decisión no es correcta, en la medida en la que la decisión sólo puede definirse como el resultado final de un procedimiento racional,²⁹⁶ en donde los factores y procedimientos cognitivos tienen un papel fundamental: la “voluntad”, admitiendo que el término se refiera a algo que corresponda con su significado lexical, sólo es uno de los elementos de la decisión. Análogamente, es ficticio el equivalente entre motivación y razón (o conocimiento): de hecho, se ha visto que en la estructura de la motivación no caben solamente los elementos cognitivos o lógicos, sino también los factores valorativos y de elección (en los que se manifiesta con claridad lo que podría definirse “voluntad” del juez).²⁹⁷ Más allá de sus insuficiencias teóricas, el dualismo en cuestión conserva, para cada caso, una profunda connotación política, en particular si se utiliza como premisa para definir el connotado distintivo de la jurisdicción: al ser el presupuesto para considerar inesencial, y por lo mismo no necesaria, la

razonabilidad y la posibilidad de revisar a la decisión, se aproxima a la connotación autoritaria de la justicia a la que ya nos hemos referido.

Desde una óptica ideológica diferente, ese dualismo se resuelve, no tanto en el sentido de privilegiar la “razón” en contra de la “voluntad” (lo que se traduciría en una manera distinta para mantenerlo en vigor, con todas las ambigüedades ideológicas y las carencias teóricas), sino en el sentido de considerar que esa voluntad que expresa la decisión no constituye la esencia de la jurisdicción salvo cuando la decisión se racionalice expresamente en la motivación y, en consecuencia, pueda ser revisada en su fundamento fáctico, jurídico y valorativo. Esto nos permite llevar hacia la unidad a la bipolaridad aparente de la normatividad jurisprudencial, en la medida en la que el ejercicio de la jurisdicción puede verificarse en la emanación de “decisiones justificadas”.

b. Nulidad e inexistencia de la sentencia que adolece de motivación

Si, como acabamos de observar de manera sintética, la función extraprocesal de la motivación incide sensiblemente también en la definición del concepto general de “actividad jurisdiccional”, tenemos que todo ello debe ser considerado a la hora de definir los efectos que derivan de la violación de la obligación de motivación. También en este caso nos encontramos ante una tradición consolidada, instalada en un cuadro dogmático muy insatisfactorio, pero que es coherente con los datos normativos del ordenamiento anterior cuando entró en vigor la Constitución.²⁹⁸

Desde esta perspectiva, en la que confluye la concepción endoprocesal de la motivación y su devaluación sustantiva con la componente voluntarista y autoritaria del *dictum* jurisdiccional, resulta correcto ubicar al vicio de motivación entre las causas de nulidad de la sentencia. El problema se resuelve a partir del artículo 161, inciso uno, del código procesal civil, es decir, mediante los principios de la conversión de la nulidad en causas de impugnación y de la eficacia de lo juzgado. De hecho, siempre desde este punto de vista, no resultaría imposible colocar la nulidad por vicio de la motivación entre las nulidades que se obtienen solamente a instancia de parte: para ello sería suficiente con realizar una interpretación literal rigurosa del artículo 157, inciso uno, (dado que ninguna norma contempla que dicha nulidad pueda obtenerse de oficio) y,

por el otro, con señalar que las partes constituyen el destinatario principal de la garantía de la motivación. Por otra parte, aun cuando ese vicio se recabe de oficio, no salimos de la concepción endoprocesal de la motivación porque ello significa tener presente la función que ejerce la motivación como mecanismo que facilita el control del juez de la impugnación sobre el fundamento de la sentencia impugnada, confiriéndole al mismo el poder de señalar el vicio cuando éste obstruya su actividad de control.

Esta impostación se consolidó bajo el código de 1865, y se considera pacíficamente válida después de la entrada en vigor del código del '42 y de la Constitución: de hecho, se ha afirmado que la constitucionalización del principio de obligatoriedad de la motivación no incidiría de ninguna manera en la configuración jurídica del vicio de motivación.²⁹⁹

Indudablemente, se trata de una manifestación ulterior de la actitud difundida que reduce el significado de los principios constitucionales en general, y del artículo 111 inciso uno en particular: específicamente, ésta resulta de una “lectura” del artículo 111 exclusivamente a la luz de la concepción endoprocesal de la motivación que es ideal para recoger las implicaciones jurídico-políticas que definen su función extraprocesal. El hecho de que todo ello implique una visión inaceptable de la norma constitucional ya ha sido demostrado,³⁰⁰ lo que ahora importa es que su interpretación correcta, así como implica una revisión de la noción de “esencia” de la jurisdicción, también implica una actitud diferente en virtud de la naturaleza jurídica de los vicios de la motivación.

Por un lado, la identificación de las funciones esenciales que la motivación realiza, incluso fuera del proceso, hace que las definiciones de los vicios que nacen de su función endoprocesal respecto de las partes y del juez de la impugnación, sean inadecuadas. Por otro lado, en la medida en la se considere que la motivación es, en el ordenamiento actual, en virtud del principio constitucional establecido por el artículo 111, un connotado estructural necesario de las actuaciones en las que se ejerce la jurisdicción, se desprende que la sentencia que carece de motivación no contiene el “contenido mínimo” indispensable para que reconocerla como un ejercicio legítimo del poder jurisdiccional.

El que escribe sabe que el concepto de inexistencia de la sentencia es muy problemático y ambiguo en sus connotados dogmáticos, sobre todo, cuando se duda de su configuración en el plano de los fenómenos jurídicamente relevantes.³⁰¹ Sin entrar de lleno en este problema general, cuyos

alcances rebasan este trabajo, conviene señalar algunas razones que militan a favor de este concepto, al menos algunas hipótesis particularmente graves de vicio de motivación.³⁰² Estas surgen esencialmente de los defectos que presenta el régimen establecido por el artículo 161, inciso uno, del código procesal civil para la relevancia jurídica y política del requisito de la motivación. Ante todo, ese régimen embona con el principio de la eficacia de la sanatoria respecto de la nulidad de las sentencias que no son objeto de impugnación: en sustancia, en el caso en el que no exista una impugnación, o que el juez no haya identificado el vicio, se terminaría admitiendo la sanatoria de un vicio tal que podría negarse que la sentencia sea un acto jurisdiccional. Esto presenta, más allá de la evidente incongruencia dogmática, por lo menos dos inconvenientes graves: el primero es que, de esta manera, pasaría en juicio una decisión para la que —manteniendo la función de la motivación para la determinación del *quantum iudicatum*— podría ser imposible determinar el objeto juzgado. El segundo es que, el artículo 161, inciso uno, una decisión que carece de los requisitos mínimos de juridicidad adquiriría vida jurídica definitiva e inmutable como sentencia (quedando evidentemente precluida la sucesiva y autónoma *actio nullitatis*).

Por otro lado, debe señalarse la existencia de una discordancia entre la *ratio* funcional de la motivación y la modalidad que advierte su ausencia: por un lado, siempre ex artículo 161 del código procesal civil, las partes pueden hacer valer el vicio solamente cuando impugnan, o sea, en concreto, en la medida en la que tienen un interés en ese sentido. De hecho, la aceptación, total o parcial, obstaculiza de manera definitiva la posibilidad de invocar la ausencia de motivación, ello sin importar que la garantía de la motivación no se encuentra prevista solamente en interés de las partes que impugnan³⁰³; por otro parte, también cuando se advierte de oficio (sin considerar que esto también depende de que una de las partes impugne la sentencia), el parámetro tiende hacia la revisión de la decisión impugnada, más que a la exigencia general a la que la motivación debe responder.

Es verdad que, en todo caso, dado que nuestro sistema reserva a las partes el monopolio de las impugnaciones, la tutela de esa exigencia general pasa por la gestión que hacen las partes de sus propios intereses respecto de la decisión, y ello valdrían en cualquier caso en el que, ante la inexistencia de una sentencia por falta de motivación, se admitiera la

posibilidad de una *actio nullitatis* autónoma. Por otra parte, sin considerar que, en los casos en los que se necesita para tener la legitimidad de impugnar³⁰⁴ podría tenerse un control ampliado de naturaleza cuasi-pública; ello no impide que la configuración de la ausencia de motivación que supone una ausencia de sentencia exija mayores posibilidades para invocar ese vicio. Ello supone que, en principio, le sea aplicable el régimen de la inexistencia que está establecido, para los casos de la falta de firma del juez, en el segundo párrafo del propio artículo 161 y no el régimen de la nulidad en sentido estricto que está previsto en el primer párrafo del propio artículo.

c. El “contenido mínimo necesario” de la motivación

Proyectada la exigencia de configurar la ausencia de motivación como hipótesis de inexistencia de la sentencia, ahora es necesario precisar los límites de esa hipótesis, teniendo en cuenta que la gama de defectos posibles de la motivación no puede reducirse a una noción unitaria de “ausencia” de la motivación misma. En otros términos, se trata de determinar cuáles son los requisitos mínimos de frente a los que es posible determinar que la motivación “existe” y, por lo tanto, existe la sentencia como manifestación de la jurisdicción (aun cuando dicha existencia no excluya posibles nulidades, eventualmente inherentes a la motivación misma).³⁰⁵

Al respecto, los términos generales del problema deben colocarse en el espacio conceptual que puede identificarse con máximas: 1) no cualquier vicio de la motivación provoca su ausencia integral (y, por lo tanto, provoca la inexistencia de la sentencia); 2) por el contrario, no solamente la ausencia “formal” y total de la motivación equivale a la inexistencia de las sentencias.³⁰⁶

Estos criterios, que son obvios, permiten que ubiquemos algunos supuestos que podrían parecer escolásticos de no haber encontrado ciudadanía en la práctica, como las famosas motivaciones de machote o las famosas sentencias “suicidas”;³⁰⁷ las cuales, además, no corresponden a una definición articulada del “contenido mínimo esencial” de la motivación. Con esa finalidad, y para evitar enunciaciones abstractas y generales, es necesario ubicarse en la cúspide de la motivación, para identificar los elementos sin los que sería imposible sostener la “existencia” de la motivación. En los términos en los que este modelo ha sido descrito,³⁰⁸ el

“contenido mínimo esencial” de la motivación equivale a la que ha sido definida como justificación en primer grado. En síntesis, la misma comprende: 1) la enunciación de las elecciones realizadas por el juez en función de: identificar las normas aplicables, verificación de los hechos, calificación jurídica del supuesto, consecuencias jurídicas que se desprenden de la misma; 2) el contexto de vínculos de implicación y de coherencia entre estos enunciados, siguiendo el esquema $(F \Rightarrow N) \rightarrow Q \rightarrow C$; 3) la calificación de los enunciados particulares sobre la base de los criterios de juicio que sirven para valorar si las elecciones del juez son racionalmente correctas.

La necesidad de estas tres categorías de requisitos para la existencia de la motivación podría justificarse analíticamente, pero es suficiente con recordar lo que se ha sostenido en materia del modelo general de la motivación;³⁰⁹ lo único que falta agregar es que todos estos requisitos son necesarios, porque la ausencia de uno sólo de ellos es suficiente para imposibilitar el control externo, por parte de los diferentes destinatarios de la motivación, en torno del fundamento racional de la decisión.

Esto vale cuando la motivación no contiene una o más de las enunciaciones indicadas en el punto 1): dado que las mismas representan las premisas en las que se funda la conclusión de la decisión sobre la pregunta, es claro que la precisión lógico-jurídica de ésta última no puede verificarse si la motivación no expresa los presupuestos de hecho y de derecho de los que el juez extrajo su conclusión.³¹⁰ Además, la falta de los enunciados en cuestión significa, inevitablemente, la ausencia de plenitud del esquema lógico fundamental de la decisión (y de ahí el punto 2); así como la ausencia de justificación sobre la base de los criterios que legitiman las elecciones del juez (y de ahí el punto 3).

En segundo lugar, puede suceder que la motivación, aun teniendo esas enunciaciones, no demuestre las conexiones lógicas por las que la conclusión se desprende de las premisas;³¹¹ esto se verifica tanto en el caso del contraste radical entre las premisas y la conclusión³¹² y en el caso de contraste entre las premisas, como en el caso en el que—incluso en ausencia de contradicciones lógicas— la decisión no puede entenderse como la consecuencia de los presupuestos de hecho y de derecho enunciados por el juez.³¹³ En todas estas hipótesis, la decisión no puede considerarse efectivamente justificada por las afirmaciones del juez, ya que las mismas contrastan o son irrelevantes respecto de la decisión

misma, y por lo tanto la decisión no puede valorarse a partir de las razones que deberían justificarla.

Finalmente, el requisito del punto 3 también es indispensable, en virtud de la exigencia de verificación, en la medida en la que las enunciaciones identificadas en el punto 1 son el resultado de elecciones o de inferencias, y por lo tanto son válidas y atendibles si y en la medida en la que es posible verificar la validez de dichas elecciones o inferencias, esencialmente sobre la base de los cánones de juicio que las determinan. Si la motivación no permite la verificación, se devalúa el fundamento racional que sostiene a las premisas que sostienen a la decisión y, de nueva cuenta, resulta imposible valorar su consistencia lógico-jurídica.

Si la inexistencia de los requisitos enumerados significa la inexistencia de la motivación, con las consecuencias descritas en el sub b), ello no implica que su existencia signifique sin más la ausencia de vicios en la motivación. Junto a las hipótesis de inexistencia subsisten otras hipótesis, menos graves, de vicios, por los que resulta aplicable el régimen ordinario de la nulidad previsto por el inciso primero del artículo 161 del código procesal civil. En principio, de hecho, se ubican en esta categoría los vicios de omisión (con excepción de las hipótesis de ausencia definitiva que ya hemos estudiado), de insuficiencia y de contradicción (salvo en el caso de contraste radical entre las premisas o entre éstas y las decisiones, que ofrece un espacio para las hipótesis de ausencia) de la motivación, respecto de las cuales tenemos como norma base al artículo 360, numeral 5, del código procesal civil (y que serán examinados en el próximo capítulo).

La razón de fondo de la distinción entre los casos en los que la motivación no existe, y los casos en los que existe pero se encuentra viciada, es la diversificación en materia de régimen procesal que tienen los vicios de la sentencia en las dos hipótesis, esto es, de nueva cuenta, en función de la relevancia que tienen los vicios de la motivación cuando se les considera en su función endoprocesal o extraprocesal. En el primero de los casos, el vicio en la motivación, sin importar la naturaleza e incidencia que tiene en la estructura justificativa de la motivación misma, puede identificarse con la categoría de la nulidad de la sentencia, y ello explica que se le considere irrelevante (y, por lo tanto, superado) cuando la sentencia es juzgada. Puede decirse que la conclusión del asunto procesal representa la verificación a posteriori de que el vicio en cuestión no provocó inconvenientes relevantes en el desarrollo de esa cuestión.

El discurso es muy diferente si se considera el problema desde el punto de vista de la función extraprocesal de la motivación. Las exigencias ajenas al funcionamiento interno del proceso, que ésta implica, suponen que el vicio de la motivación tenga un peso distinto cuando se valora su incidencia en la satisfacción de dichas exigencias. Y, además, supone que cuando estas exigencias se frustren, la conclusión del asunto procesal no sea una razón suficiente para declarar la irrelevancia del vicio y, por lo tanto, para superarlo mediante la resolución, en donde, la diversificación entre las hipótesis de inexistencia y la hipótesis de nulidad, las primeras caracterizadas por su incapacidad para explicar la función extraprocesal de la motivación, y las segundas porque únicamente tienen relevancia endoprocesal.³¹⁴

NOTAS

¹ En Inglaterra, y en general en los ordenamientos de la *common law*, el principio nunca tiene una formulación expresa, a pesar de la existencia de una praxis difusa de motivación de la sentencia civil y, de hecho, su enunciación en la doctrina, es un fenómeno relativamente reciente: ver *infra*, inciso c) y apartado 2 inciso c).

² Cfr., por ejemplo, la sentencia emitida en Pavia en el año 673 por el Rey Pertarido (reditada por BOGNETTI, "Il gastaldato longobardo e i giudicati di Adaloaldo, Arioaldo e Pertarido nella lite fra Parma e Piacenza", ahora en *L'età longobarda*, Milán, 1966, I, pp. 234 y ss.). Otros ejemplos de motivación se encuentran en las sentencias lombardas del siglo XVIII: ver los textos de SCHIAPARELLI, *Codice Diplomatico Longobardo*, Roma, 1933, I, pp. 78 y ss., II, pp. 110 y ss., 158 y ss., 340 y ss., del TROYA, *Storia d'Italia nel Medioevo, Codice Diplomatico Longobardo*, vol. IV, parte V, Nápoles, 1853, pp. 166 y ss., y del MANARESI, *I placiti del Regnum Italiae, Roma*, 1955, I, pp. 3 y ss. Por ejemplo, las sentencias motivadas de los siglos IX, X y XI. cfr., además, MANARESI, *op. cit.*, t. I, pp. 18 y ss., 41 y ss., 45 y ss., 74 y ss., 81 y ss. y *passim*; FICKER, *Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens*, reimp. Aalen, 1961, IV, pp. 9 y ss., 99 y ss. y *passim*.

³ Cfr. D'AMIA, *Studi sull'ordinamento giudiziario e sulla procedura delle curie pisane nel secolo XII*, Florencia, 1922, p. 111; id., *Diritto e sentenze di Pisa. Ai primordi del rinascimento giuridico*, 2ª ed., Milán, 1962, pp. 167 y ss. Un caso particular de presencia de la motivación en la práctica judicial de Italia comunal se encuentra en las sentencias de condena que siguieron al proceso conocido como de sindicato: cfr. MASI, *Il Sindacato delle Magistrature Comunali nel sec. XIV*, Roma, 1930, p. 129.

⁴ A partir del siglo XII se difunde un esquema de sentencia en el que el dispositivo se encuentra precedido solamente por la exposición de las exigencias y defensas de las partes y por una fórmula (del tipo "*visis et auditis rationibus utriusque partis et testibus inspectis, habito saientium consilio*", etcétera) en la que el juez se limita a declarar que siguió el *ordo iudiciorum* (véase, por ejemplo, la *notitiae iudicati* reportado por FICKER, *op. cit.*, IV, pp. 144 y ss.): es raro que dicho formalismo se abandone y es posible encontrar breves referencias a los motivos de la decisión. Por otra parte, los autores de los *ordines iudicarii* de los siglos XII y XIII se limitan, por lo que hace a la forma de la sentencia, a prescribir que el juez se atenga fielmente a las fórmulas sintéticas de las que resulta que el *ordo* se ha respetado (cfr., por ejemplo, DORNA, Bernardus, "*Summa libellorum*", CXCV, en WAHRMUND, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischer Prozesses im Mittelalter*, reimp. Aalen, 1962, vol. I, I, p. 99; Magister ARNULPHUS, "*Summa Minorum*", *ibid.*, vol. I, II, pp. 49 y ss.; Magister AEGIDIUS, "*Summa*", *ibid.*, vol. I, VI, pp. 17 y ss.; RICARDUS ANGLICUS, "*Summa de Ordine Judiciario*", *ibid.*, vol. II, III, p. 74; AEGIDIUS DE FUSCARARIIS, "*Ordo iudicarius*", *ibid.*, vol. III, I, pp. 125 y ss.; Magister DAMASUS, "*Summa de Ordine Iudicario*", *ibid.*, vol. IV, IV, p. 58).

Vale la pena recordar que fórmulas de este tipo han sido recibidas por la práctica y por la doctrina especialmente canónica, de los siglos sucesivos, esencialmente por la influencia decisiva que ejerció el DURANTE (cfr. De hecho, *Speculum iuris* DURANTIS, Gulielmi, Venecia, MDLXXXV, libro II, p. 787, § 5, *Qualiter*, 13, y además, por ejemplo, GENTILIS, Iacobi, "*Ordo iudicarius*", en *Tractatus Illustrium in utraque tum pontificii, tum caesarei juris facultate Iurisconsultorum*, Venecia, MDLXXXIII, t. III, pars I, De

iudiciis, p. 44, § 54, y TANCRETI, “*Ordo iudiciarius*”, *ibid.*, p. 68), y se repiten seis cambios sustanciales a lo largo de todo el siglo XVII.

⁵ Sobre el argumento, *cfr.* GORLA, “I ‘Grandi Tribunali’ italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto nella storia politico-giuridica d’Italia”, en *Quaderni del Foro Italiano*, 1969, pp. 629 y ss.

⁶ *Cfr.* GUDIAN, *Die Begründung in Schöffensprüchen des 14. und 15. Jahrhundert*, Darmstadt, 1960.

⁷ Para un panorama amplio sobre el argumento, a partir del siglo XV, *cfr.* ASCHERI, “Tribunali e giuristi consulenti italiani d’Ancien régime”, en *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, editado por H. Coing, Band II, 1, Vierter Teil, Erster Abschn., Munich (en proceso de impresión) en TARUFFO, “L’obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1974, pp. 279 y ss.

⁸ *Cfr.*, por ejemplo, el estatuto Reggio Emilia del 1265, lib. II, cap. XVIII, en *Consuetudini e Statuti reggiani del sec. XIII*, Reggio Emilia, 1933, p. 174. Para otras referencias, *cfr.* CALAMANDREI, “La teoria dell’ ‘error in iudicando’ nel diritto italiano intermedio”, en *Studi sul processo civile*, I, Padua, 1930, p. 122; DEL GIUDICE, “Storia della procedura”, en *Storia del diritto italiano*, editado por A. Pertile, vol. VII, parte II, 2ª ed., Turín, 1902, pp. 223 y ss.

⁹ *Cfr.* Las *Riforme della Ruota Fiorentina* del 14 de mayo de 1532, del 31 de mayo de 1542, del 18 de junio de 1560, y del 1 de septiembre de 1678 (recogidas por CANTINI, *Legislazione toscana*, Florencia, t. I, 1800, pp. 42 y 207; t. IV, 1802, p. 37; t. XIX, 1805, p. 97), en las que se impone y retoma la obligación de motivación, con diversas limitaciones que cambian en el tiempo y tienen a disminuir conforme cambian las normas sobre el punto (en particular, en 1560, la obligación de motivación se amplió a las sentencias de primera instancia, mientras había sido excluido de las leyes de 1532 y de 1542).

¹⁰ *Cfr.* La ley de Carlo Emanuele I del 7 gennaio 1615, que fue confirmada en una constitución de 1632 (véase *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà*, Turín, MDCCLXX, t. I. libro III, título XXIII, artículos 19 y 20), con la cual se contempla que los jueces deban motivar su petición a las partes (que sólo se admitía en causas de particular relevancia) o por órdenes de quien “manda el Magistrado” (cuando se trata de una cuestión de derecho importante o nueva, o como sea, de decisiones que pueden “causar estado y consecuencia”).

¹¹ El principio uniformemente aceptado es que la sentencia es válida aunque no exprese las razones de la decisión y, de hecho, es oportuno que el juez evite motivar porque al hacerlo podría incurrir en un *error expressus* que causa la nulidad de la sentencia (*cfr.* CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, nota 8, pp. 119 y ss.), o porque debilita la autoridad de la sentencia abriendo la vía a las impugnaciones (*cfr.* DURANTE, *op. cit.*, *loc. cit.*, nota 4, 13 a b; BARTOLI, *Commentaria in primam infortiati partem*, Lugduni, 1547, III, § *De excusationib.*, q. *Item quaero*, p. 88 b, n. 5; ANDREAE BONONIENSIS, Ioannis, “*In secundum Decretalium librum Novella Commentaria*”, Venecia, MDLXXXI, en Ioannis Andrae *In quinque Decretalium libros Novella Commentaria*, ed. Turín, 1963, II, cap. XVI, p. 234; TANCRETI, “*Ordo iudiciarius*”, *cit.*, nota 4, p. 68; BALDI, Ubaldo Perusini iurisconsulti, en VII. VIII. IX. X. & XI. *Codicis libros Commentaria*, Venecia, MDLXXXVI, ad lib. VII. Cod., p. 49, tit. *De sent. & interl. Omn. iud.*, lex III, 2 c.; ALCIATI, Andrae, *Lucubrationum in ius civile et pontificium*, VI, Basilea, MDLXXI, p. 847; ZASSI, Udalrici, “*Commentaria in titulos tertiae partis Pandectarum*”, en *Operum omnium*, III, Lugduni, MDL, p. 582, n. 39; SCHMALZGRUEBER, *Ius Ecclesiasticum Universum*,

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

Nápoles, MDCCXXXVIII, II, pars IV, tit. XXVII, § 61, p. 284; REIFFENSTUEL, *Jus Canonicum Universum*, Venecia, MDCCXXX, t. II, tit. XXVIII. § III, p. 397; *Commentaria D. Antonii SOLAE ad Universa Serenissimorum Sabaudiae Ducum decreta*, Augustae Taurinorum, MDCCXXV, tit. XXVII *De sententiis*, Gl. IV, n. 10, p. 407).

¹² Vale la pena notar que la praxis de la Rota Romana (órgano jurisdiccional en materia civil a partir del final del siglo XV), aunque es muy conocida y suele referirse como modelo (véase por ejemplo, MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, ed. editado por A. Solmi, Roma, 1933, pp. 169-182), no sirve para destacar lo que nos interesa. De hecho, la sentencia final de la Rota no se motivaba: en realidad, la *decisio* era un proyecto de decisión que contenía las conclusiones de los jueces y sus relativas *rationes dubiandi*, que se comunicaba a las partes para que las mismas pudieran intercambiar argumentos antes de que la decisión se decidiera en definitiva (*cfr.*, las descripciones del Cardenal DE LUCA en el *Theatrum veritatis et iustitiae*, Venecia, MDCCXXXIV, vol. XV, pp. 121 y ss., en el *Dottor volgare*, Roma, s. d., lib. XV, parte I, pp. 349 y ss., parte III, cap. XXIX, pp. 247 y ss.). No se trataba, entonces, de una verdadera motivación sino de un mecanismo orientado a provocar que el tribunal pudiera revisar, dentro del mismo procedimiento, sus propias decisiones a partir de las objeciones de las partes, evitando la necesidad de la apelación (*cfr.* ASCHERI, *op. cit.*, nota 7, parte I, cap. I, § 5 a).

¹³ El caso más antiguo —el único en el que existía una norma expresa de todo el derecho canónico— era el de la sentencia de excomunión (regulado por uno de los decretos de Inocencio IV: *cfr. Sexti decretal.*, lib. V, tit. XI, cap. I “*De sententia excommunicationis*”, en *Corpus Iuris Canonici*, ed. Friedberg, Graz, 1959, I, p. 1098). La doctrina agregó algunas hipótesis nuevas, típicas del *ius civile*, en los que la motivación resultaba adecuada para permitir la determinación precisa del objeto de la sentencia y de los efectos de la misma sobre las situaciones jurídicas de las partes, pero sin agregar que se tratara de una condición de validez de la sentencia. *cfr.* DURANTE, *op. cit.*, *loc. cit.*, nota 4, 14; BALDO, *op. cit.*, nota 11, p. 49, *loc. cit.*; ANDREAE, Ioannis, *op. cit.*, nota 11, p. 234 A, nn. 7 y 9; ZASIO, *op. cit.*, nota 11, col. 817, n. 7, p. 407; SCHMALZGRUEBER, *op. cit.*, *loc. cit.*, nota 11; REIFFENSTUEL, *op. cit.*, *loc. cit.*,

¹⁴ Sobre el argumento, *cfr.* Con mayor amplitud SAUVEL, “Histoire du jugement motivé”, en *Rev. Droit publ.*, 1955, pp. 45 y ss.; BONNIER, *Eléments d'organisation judiciaire et de procédure civile*, París, 1847, vol. I, p. 604; BORDEAUX, *Philosophie de la procédure civile. Mémoire sur la réformation de la justice*, Evreux, 1857, p. 85; MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 3ª ed., París, 1808, t. VIII, v. *Motifs des jugements*, p. 337. Por último *cfr.* AMODIO, “L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1970, pp. 448 y ss.

¹⁵ Al respecto, y para una mejor demostración de lo que sigue en el texto, *cfr.* TARUFFO, *op. ult. cit.*, nota 7, pp. 267 y ss.

¹⁶ *Cfr.* CONDORCET, *Réflexions d'un citoyen non gradué sur un procès bien connu*, Francfort, 1786 (cit. por SAUVEL, *op. cit.*, nota 14, p. 39).

¹⁷ En 1560, la nobleza, y en 1614 el Tercer Estado, solicitaron en los Estados Generales que la motivación de las sentencias de los Parlamentarios fuera obligatoria, pero ambas exigencias quedaron sin respuesta (*cfr.* SAUVEL, *op. cit.*, nota 14, pp. 27 y ss.; LUPOI, “Cenni storici introduttivi allo studio delle fonti del diritto francese”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968, p. 1285).

¹⁸ *Cfr.* TARUFFO, *op. e loc. ult. cit.*, nota 7.

¹⁹ Al respecto, es ilustrativo que el tema de la obligación de la motivación fuera uno de los primeros, en materia de reforma de justicia, que fue tratado por los Estados

Generales a partir de 1789 (cfr. SAUVEL, *op. cit.*, nota 14, p. 43), en conexión con otros aspectos, que encuentran una primera reglamentación en la ley de 1790, todos coherentes con una ideología democrática de la administración de justicia (introducción del arbitraje y de los jueces de paz, principio de elegibilidad de los jueces, introducción de los jurados populares en el proceso penal). Es particularmente importante la conexión con el principio de publicidad de la sentencia y del procedimiento, al respecto, véase ampliamente VIGORITI, “La pubblicità delle procedure giudiziarie (Prolegomeni storico-comparativi)”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, pp. 1423 y ss.

²⁰ Sobre las diferencias culturales y políticas en las que se ubican las reformas prusianas, cfr., en general, CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milán, 1966, pp. 69 y ss.; TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, 3ª ed., Génova, 1973, pp. 104 y ss., 211 y ss.; CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, Neuzeit bis 1806, Karlsruhe, 1966, pp. 374 y ss.

²¹ Cfr. SELLERT, *Progressgrundsätze und Stylus Curiae am Reichshofrat*, Aalen, 1973, pp. 358 y ss.; DÖHRING, *Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500*, Berlin, 1953, p. 209; ENDEMANN, *Das deutsche Zivilprozessrecht*, Heidelberg, 1868, reimp. Aalen, 1969, p. 526, y por último SPRUNG, “Die Entwicklung der zivilgerichtlichen Begründungspflicht”, en *Entscheidungsbegründung*, cit., pp. 43 y ss.

²² Al propósito, más ampliamente y para mayores indicaciones, véase TARUFFO, *op. ult. cit.*, nota 7, pp. 273 y ss.

²³ Cfr. el *Project des Codicis Fridericiani Marchici*, Berlín, 1749, parte I, tit. VI, §§ 18 y 19, p. 19; parte III, tit. XXXVI, § 11, p. 197. Para un análisis analítico de la evolución de problema en las legislaciones de los estados alemanes del siglo XVIII y del XIX, véase SPRUNG, *op. cit.*, nota 21, pp. 47 y ss.

²⁴ La publicación de las sentencias debe realizarse en audiencias pero *absque citatione partium*; además, la motivación no se publica cuando existe un proceso escrito, en el que la misma no viene contextualmente redactada en la sentencia. Cfr. *Project des Codicis Fridericiani Marchici*, cit., parte II, tit. VI, §7, p. 85; parte III, tit. XXXVI, § 15, p. 197.

²⁵ Esas finalidades se encuentran expresas en las normas que regulan la institución. cfr. *Project des Codicis Fridericiani Marchici*, cit., parte I, tit. VI, § 18, p. 19; parte II, tit. VI, § 13, p. 86.

²⁶ Cfr. *Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten*, Berlín, 1855 (respecto de la edición que apareció en 1816 en la “Revidirte Gerichts-und Prozessordnung”, publicada con la patente del 6 de julio de 1793), tit. XIII, §§ 7, 36, 42, 44, 48.

²⁷ Cfr. a propósito TARUFFO, *op. e loc. ult. cit.*, nota 7.

²⁸ Cfr. *Allgemeine Gerichtsordnung Joseph II von 1781*, llevada a las provincias italianas como Reglamento Judicial del 10 de diciembre de 1785, §§ 261, 263 y 264. En general, sobre el problema de la motivación en la AGO austriaca, véase SPRUNG, *op. cit.*, nota 21, pp. 56 y ss.

²⁹ Esto surge en particular del § 263 del reglamento judicial *jusepino* que contemplaba que la sentencia —no motivada— no se leyera en audiencia a las partes ni fuera publicada, sino que solamente intimaba a las propias partes o a sus procuradores.

³⁰ Cfr. *Leggi e Costituzioni*, cit., loc. cit., y, por otra parte, las *Leggi e criminali del Regno di Sardegna*, Turín, 1827, arts. 1353 y ss.

³¹ Cfr. el *Codice di leggi e costituzioni per gli Stati di Sua Altezza Serenissima*, Módena, MDCCCLXXI, I, lib. I, títulos I y XXXII.

³² Cfr. el *Codice giudiziario nelle cause civili pel Principato di Trento*, Trento, 1788, §§ 212 y 214.

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

³³ Sobre la situación político-administrativa en Nápoles en el momento de la reforma, y sobre los eventos de la misma, *cfr.*, ampliamente, AJELLO, *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli*, Nápoles, 1968, pp. 133 y ss.

³⁴ *Cfr.* El opúsculo titulado *Riflessioni politiche sull'ultima Legge del Sovrano che riguarda la Riforma nell'amministrazione della Giustizia*, publicado como un apéndice en Silvestri de la *Scienza della Legislazione*, Milán, 1817-18, vol. VI, pp. 225 y ss.

³⁵ Aun cuando no puede afirmarse que Filangieri fuera una voz aislada, dado que en el ambiente cultural napolitano eran muchos los críticos del sistema de justicia feudal (*cfr.* AJELLO, *op. cit.*, nota 33, pp. 158 y ss.), tampoco es posible sostener que la pragmática de 1774 respondiera a las intenciones del rey o de su ministro Tanucci, para reformar la administración de justicia en sentido democrático (como, en cambio, parece sostener AMODIO, *op. ult. cit.*, nota 14, pp. 448 y ss.). De hecho, no debe olvidarse que la estructura política del régimen napolitano era y siguió estando diseñada en consonancia con el régimen autoritario y despótico: en ella, el reforzamiento del principio de legalidad y la introducción de una forma de control sobre la operación del juez, mediante la obligación de la motivación, parece responder a un proyecto de centralización del poder, en respuesta a las tendencias centrífugas de las instituciones feudales, y no a una idea democrática de control sobre la justicia. Indudablemente, la generalidad de la obligación y la introducción de un sistema dirigido a garantizar la publicación impresa de las sentencias motivadas, justificaba el comentario de Filangieri; pero no es infundada la impresión de que en las intenciones del creador de la reforma se buscara contar con un instrumento de presión sobre los jueces y no con un mecanismo para dar al pueblo la posibilidad de controlar su operación.

³⁶ *Cfr.* AJELLO, *op. cit.*, nota 33, p. 169.

³⁷ *Cfr.* El artículo 129 de la Constitución de la República de Bolonia de 1796; el artículo 228 de la Constitución de la República Cispadana de 1797; el artículo 208 de la Constitución de la República Cisalpina de 1797, y el artículo 207 de la Constitución del año siguiente); el artículo 22 de la Constitución del Pueblo Ligure de 1797; el artículo 207 de la Constitución de la República Romana de 1798, y el artículo 207 de la República Napolitana de 1799 (para el texto de las reformas, *cfr.* *Le Costituzioni Italiane*, editado por AQUARONE-D'ADDIO-NEGRI, Milán, 1958, *passim*).

³⁸ Para un análisis articulado de estas concepciones, y de las diferentes manifestaciones que tienen en las Constituciones del siglo XVIII., *cfr.* TARUFFO, *op. cit.*, nota 7, pp. 290 y ss.

³⁹ Sobre el argumento, *cfr.* por otra parte BRÜGGEMANN, *Die richterliche Begründungspflicht. Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen*, Berlín, 1971, pp. 24 y ss.

⁴⁰ *Cfr.*, por ejemplo, la Constitución de la República Italiana de 1802, el III Estatuto Constitucional del 5 de junio de 1805 y el Estatuto Constitucional del Reino de Nápoles y Sicilia de 1808, publicados en *Raccolta di Costituzioni italiane*, Turín, 1852.

⁴¹ La única excepción es la Constitución de Sicilia de 1812 (promulgada por Fernando III) en cuyo título III, cap. I, párrafo 5, prescribe que, para evitar el arbitrio de los jueces, las sentencias deben estar "razonadas sobre la ley". El principio no está confirmado por la Constitución del Reino de Nápoles de 1815, ni por la del Reino de las Dos Sicilias de 1820.

⁴² Un aspecto importante de esta cambio de perspectiva, en Francia, se refiere a la evolución (o involución) caracterizada por la colocación funcional del ordenamiento del *Tribunal de Cassation*, originariamente considerado como destinatario último de la motivación y como detentador del poder de control sobre la operación de los jueces (*cfr.*

AMODIO, *op. ult. cit.*, nota 14, pp. 448 y ss.). Al respecto, parece estar fundado el señalamiento de COLESANTI, *Entscheidungsbeurteilung*, cit., p. 376, en el sentido de que la idea del control democrático del juez a través del instrumento de la motivación sigue en pie en tanto la Casación se considera como un órgano político institucional y como la fuente del poder legislativo, pero decae —y prevalece en su lugar la concepción endoprosesal de la motivación— cuando se consolida la concepción de la Casación como órgano jurisdiccional.

⁴³ Cfr., por ejemplo, el *Codice di procedura civile pel Regno d'Italia*, Milán, 1806, el *Codice della procedura civile*, Turín, 1808, y el *Codice di procedura civile per i Principati di Lucca e Piombino*, Lucca, 1808, que son simples versiones del código francés.

⁴⁴ L'AMODIO, *op. ult. cit.*, nota 14, pp. 447 y ss., objeta, en materia de obligación de la motivación, el “prejuicio” consistente en considerar que las legislaciones italianas del siglo XVIII se hayan limitado a imitar el modelo francés (en este sentido, SCAPARONE, “La disciplina costituzionale dell'intervento di 'laici non tecnici' nell'amministrazione della giustizia”, en *Giur. Cost.*, 1968, pp. 2363 y ss.), y sugiere que el modelo que habrían seguido era el de la pragmática napolitana de 1774. Es verdad que el subrayado parece fundado solamente en el sentido de que la legislación revolucionaria no tenía una influencia determinante en Italia, como se ha advertido en el texto; por otra parte, no es posible excluir que la pragmática napolitana haya tenido un cierto valor ejemplar para los legisladores de la Restauración, precisamente por su “alma” burocrática y autoritaria, que ya se ha puesto en evidencia.

Sin embargo, esto no implica considerar completamente fundada la opinión de AMODIO: si por el modelo francés se entiende al código napolitano es indiscutible que éste tuvo mucha influencia. Al respecto deben recordarse no solamente las hipótesis de reseña de ese código como ley vigente (v. n. precedente) sino, sobre todo, la amplísima circulación que tuvieron, especialmente en Nápoles, las obras de doctrina francesa (como, por ejemplo, el comentario de CARRÉ, cuya traducción formaba parte de una recopilación de traducciones de comentarios al código francés), que en algunos casos se adaptaron como comentario a las normas vigentes en Italia. Por el otro lado, no debe olvidarse que la pragmática de 1774 tuvo vigencia durante pocos años, al cabo de los cuales, la concepción que se había expresado dejó de tener relevancia en el ordenamiento napolitano y se le consideró un episodio aislado y no un modelo realmente influyente. Además, mientras es posible realizar analogías entre las codificaciones procesales civiles preunitarias y el código francés, no parece que estén inspirados, por lo que hace a la manera de regular la obligación de motivación, en el código napolitano.

⁴⁵ Cfr. SCLOPIS, *Della autorità giudiziaria*, Turín, 1842, p. 174.

⁴⁶ Cfr. MANCINI, en MANCINI-PISANELLI-SCIALOJA, *Commentario al codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, Turín, 1855, II, pp. 423 y ss.

⁴⁷ Cfr. el *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, parte III, *Leggi della procedura nè giudizi civili*, Nápoles, 1819, § 233.

⁴⁸ Cfr. el *Motu proprio di Pio VII* del 22 de noviembre de 1817, artículos 79 y 1033; cfr. análogamente, el *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili*, promulgado con el *Motu proprio* de Gregorio XVI del 10 de noviembre de 1834, §§ 598 y ss.

⁴⁹ Cfr. el *Codice di Procedura Civile per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*, Parma, 1820, artículo 523.

⁵⁰ Cfr. el *Regolamento di procedura civile per i Tribunali del Granducato di Toscana* (de 1814), Florencia, 1833, artículo 480.

⁵¹ Cfr. el *Regolamento Generale del processo civile pel Regno Lombardo-Veneto*, Milán, 1815 (promulgado por Francisco I). Al respecto, cfr. GIORDANI, *Illustrazione al*

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

Regolamento del processo civile vigente nel Regno Lombardo-Veneto, Venecia, 1845, 2ª ed., p. 133; GENNARI, *Corso di procedura giudiziaria civile*, Pavia, 1844, II, p. 33.

⁵² Cfr. SAUVEL, *op. cit.*, nota 14, p. 48. De esa manera se efectúa el regreso al régimen de la ley de 1790, que preveía la motivación so pena de nulidad, mientras el código no contemplaba una sanción (cfr. MERLIN, *op. cit.*, *loc. cit.*, nota 14, p. 377).

⁵³ Cfr. la *Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern*, Munich, 1869, arts. 275 y ss.; el *Codex juris bavarici judicarii* del 1753 había retomado la práctica de la secrecía de las *rationes decidendi* (cfr., al respecto SPRUNG, *op. cit.*, nota 21, pp. 49 y ss.).

⁵⁴ Cfr. ALSINA, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., Buenos Aires, 1957, vol. II, p. 256.

⁵⁵ Cfr. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., Madrid, 1942, vol. I, p. 997.

⁵⁶ Al respecto, es indicativa la orientación que adoptó la jurisprudencia de la Casación francesa de los primeros decenios del siglo, en el sentido de considerar que la ausencia de motivación no implicaba nulidad de la sentencia salvo en los casos en los que la motivación se imponía expresamente a través de la ley; en cambio, la jurisprudencia del *Conseil d'Etat* superó esa visión restrictiva y elaboró el principio de obligatoriedad de la motivación como “principio general de derecho” (cfr. SAUVEL, *op. cit.*, nota 14, p. 50).

⁵⁷ Es verdad que no faltan, en la doctrina del siglo XVIII, afirmaciones de esa función (cfr., por ejemplo, SCLOPIS, *op. cit.*, nota 45, p. 95), pero no parece que se tratara de una conciencia ampliamente difundida al punto de hacer superflua su enunciación constitucional (en ese sentido, COLESANTI, *op. ult. cit.*, p. 377). Más allá de que nos es posible encontrar una orientación uniforme, sería oportuno distinguir entre las actitudes de la doctrina y las de los legisladores: aunque una parte de la doctrina no había olvidado la función política de la motivación —en respeto a la memoria revolucionaria— es difícil pensar que una actitud similar haya inspirado a los reformadores de la Restauración. De hecho, la ideología democrática del control público sobre el juez a través de la motivación estaba muy lejos de ser un planteamiento concreto en el marco de la ideología política y jurídica de los regímenes de la primera mitad del siglo XVIII, en Italia y fuera de la península. Esto no impide pensar que los legisladores entendieran la función extraprocesal de la motivación: en ese caso, sin embargo, la falta de su enunciación en las cartas constitucionales puede explicarse por la exigencia de evitar las referencias formales a un principio que todavía conservaba una fuerte carga ideológica que contrastaba con la voluntad de los legisladores, y no por el deseo de evitar enunciar principios superfluos. Entonces, se justifica lo que se ha dicho en el texto, en el sentido de que las normas ordinarias en materia de motivación solamente significan la recepción de la concepción endoprocesal, y que no carece de un significado político la ausencia de una referencia en los principios generales del ordenamiento a la concepción extraprocesal.

⁵⁸ Para Italia, cfr., por ejemplo, el claro y maduro análisis realizado por Manzini, *op. cit.*, *loc. cit.*, comentando el artículo 204 del código procesal civil sardo y véase también NICOLINI, *Quistioni di diritto trattate nelle conclusioni, nè discorsi e in altri scritti legali*, vol. V, Nápoles, 1840, pp. 273 y ss.

⁵⁹ Cfr. Referencias y síntesis en CARRÉ, *Le leggi della procedura civile*, Nápoles, 4ª ed., 1850, vol. II, pp. 291 y ss.; THOMINE-DESMAZURES, *Commentario sul codice di procedura civile*, Nápoles, 1855, vol. I, pp. 286 y ss.; BIOCHE-GOUJET, *Dizionario generale ragionato della procedura civile e commerciale*, Palermo, 1854, véase *Sentenza*, pp. 545 y ss.

⁶⁰ Cfr. FLOWER, "Introduction to the Curia Regis Rolls, 1199-1230", en *Selden Soc. Publ.*, vol. 62, Londres, 1944, pp. 441-446. cfr. además los ejemplos editados por STENTON, "Rolls of the Justices in Eyre for Gloucestershire and Staffordshire, 1221-1222", en *Selden Soc. Publ.*, vol. 59, Londres, 1940, pp. 19 y ss., 88 y ss., 130 y ss., 174 y ss., 240 y ss., 448 y ss.

⁶¹ Para ejemplos de decisiones motivadas cfr. STENTON, *op. cit.*, pp. 22, 27, 59 y ss., 124, 160, 204, 254, 441, 473.

⁶² Con frecuencia, la *causa dicti* en la que se funda el veredicto está constituida por la contumacia y por el reconocimiento de la demanda por parte del convenido (cfr. STENTON, *op. cit.*, pp. 59 y ss.). Sin embargo, son frecuentes las decisiones en causas de despojo, en las que el *jury* no motiva el veredicto cuando reconoce que son verdaderos los hechos afirmados en el *writ* del actor, mientras de regla lo motiva de hecho (por ejemplo, *...quod ipse non disseiuit eum quia numquam inde seisinam habuit* cuando establece que no son verdaderos (cfr. STENTON, *op. cit.*, pp. 130 y ss., 258 y ss.).

⁶³ Cfr., por ejemplo, el "record" publicado en *Year Books of Eduard II. Part of Easter, and Trinity, 1319*, vol. XXV, en *Selden Soc. Publ.*, vol. 81, Londres, 1964, p. 18.

⁶⁴ Cfr., por ejemplo, STENTON, *op. cit.*, pp. 27 y 96.

⁶⁵ Sobre el origen del *jury* (jurado) como grupo de testimonios de hecho y sobre la compleja circunstancia que provocó que se convirtiera en un órgano juez de hecho, cfr. HANBURY, *English Courts of Law*, Oxford, 1948, pp. 119 y ss.; PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, 5a. ed., Londres, 1956, pp. 106 y ss.; BRUNNER, *Die Entstehung der Schwurgerichte* (Berlin, 1872), reimp. Aalen, pp. 397 y ss.

⁶⁶ Cfr. BRUNNER, *op. cit.*, pp. 284 y ss.

⁶⁷ Cfr. GLANVILL, *De Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae*, ed. Woodbine, New Haven, 1932, libro II, cap. 18, p. 68.

⁶⁸ Precisamente sobre la base de los *rolls* tendrá lugar el desarrollo de *lawfulness* que, cada siete años, llevaban a cabo los jueces itinerantes (*Justices of Eyre*) enviados por el rey: al respecto *Speculum iustitiariorum* (*Mirror of Justices*) (finales del S. XIII), en *Selden Soc. Publ.*, VII, Londres, 1895, p. 145.

⁶⁹ Sobre las ideas de ese acontecimiento, cfr. PLUCKNETT, *op. cit.*, pp. 342 y ss.

⁷⁰ Cfr. SERENI, "Le opinioni separate dei giudici di tribunali internazionali", en *Le opinioni dissenzienti*, cit., p. 124.

⁷¹ Cfr. BACON, "De iustitia universal", en *Oeuvres de Bacon*, tr. fr., París, 1852, I, p. 487, aph. 38, en donde se pone en evidencia el fundamento político del principio, a partir de la necesidad de que la opinión pública delimite la libertad de quien tiene el poder de decidir.

⁷² Cfr. ZO BELL, "L'espressione di giudizi separati nella Suprema Corte, storia della scissione della decisione giudiziaria", en *Le opinioni dissenzienti*, cit.; RUPP, "Zur Frage der Dissenting Opinion", en *Festschr. Für G. Leibholz*, Tubinga, 1966, II, p. 532.

⁷³ Cfr. ZO BELL, *op. cit.*, p. 71; VACCARO, "Dissents" e "concurrences" nella prassi della Suprema Corte degli Stati Uniti", en *Foro pad.*, 1951, IV, p. 12; GIORDANO, *La motivazione della sentenza*, cit., p. 153; LEVIN, "Mr. Justice William Johnson, Creative Dissenter", en *Michigan Law Review*, 1944, pp. 512 y ss.

⁷⁴ Informa el GORLA, "La struttura della decisione giudiziale nel diritto italiano e nella 'common law'", cit., c. 1247, que en los sistemas de la *common law*, en los órganos colegiales, no es posible realmente hablar de decisiones y motivación única, en tanto permanece el sistema de la decisión y motivación personal: si los jueces están de acuerdo en la decisión y en los motivos, la sentencia se redacta en un solo documento;

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

en caso contrario, cada uno sigue siendo libre para expresar su propia opinión *concurring* o *dissenting*. La única innovación consiste en el hecho de que expresa de manera unitaria la decisión de mayoría.

⁷⁵ El caso de Francis Bacon (ver n. 71) parece un ejemplo aislado de intuición filosófico-política, y no la expresión de una clara orientación presente en la cultura jurídica de la época.

⁷⁶ Cfr. VARANO, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milán, 1973, pp. 502 y s.

⁷⁷ Cfr. En el mismo sentido las consideraciones de VARANO, *op. cit.*, pp. 361 y ss.

⁷⁸ Cfr. BENTHAM, "Rationale of Judicial Evidence, specially applied to English Practice", en *The Works of Jeremy Bentham*, ed. Bowring, Nueva York, 1962, VI, pp. 356 y s.

⁷⁹ Cfr. BENTHAM, *op. cit.*, p. 357, en donde también la afirma: "In legislation, in judicature, in every line of human action in which the agent is or ought to be accountable to the public of any part of it, giving reasons is, in relation to rectitude of conduct, a test, a Standard, a security, a source of interpretation".

⁸⁰ Cfr. BENTHAM, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*: "The practice of giving reasons from the bench can scarcely be made the subject of any determinate rule acting with the force of legal obligation on the judge".

⁸¹ Sobre dicho sistema en general, por último, TRIBES, "Die Entscheidungsbegründung im französischen Verfahrensrecht", en *Entscheidungsbegründung*, cit., pp. 337 y ss.; OPPETIT, "Les Garanties Fondamentales des Parties dans le Procès Civil en Droit Français", en *Fundamental Guarantees*, cit., p. 504.

⁸² Cfr. El artículo 372 de la Ley de enjuiciamiento civil española; el cap. 7, c. 1 del código procesal civil sueco de 1942 (al respecto véase LARSSON, "Die Entscheidungsbegründung im schweidischen Gerichtsverfahren", en *Entscheidungsbegründung*, cit., pp. 391 y ss.); el artículo 305, numeral 4, del código procesal civil griego de 1968 (al respecto véase RAMMOS, "Die Entscheidungsbegründung im griechischen Verfahrensrecht", *ibidem*, p. 305, n. 28).

⁸³ Cfr. el párrafo 313, c. 1 n. 4 de la ZPO alemana (véase por ultimo GRUNSKY, "Die Entscheidungsbegründung im deutschen zivilgerichtlichen Verfahren", en *Entscheidungsbegründung*, cit., pp. 65 y ss.) y los párrafos 416 c.1 y 417 cc. 2 y 3 de la ZPO austriaca (al respecto véase FASCHING, "Die Entscheidungsbegründung im Österreichischen zivilgerichtlichen Erkenntnis-, Executions- und Insolvenzverfahren", *ibidem*, pp. 138 y ss.).

⁸⁴ Para el proceso germánico, véase GRUNSKY, *op. cit.*, p. 64. En la ZPO austriaca se encuentra fragmentada la misma reglamentación relativa a la motivación en el proceso civil ordinario: el párrafo 414, c. 1 sostiene la necesidad de la motivación en la sentencia publicada oralmente, mientras el párrafo 416, cc. 1 y 3, 417 cc. 2 y 3, 179, 181 c. 2, 275 c. 2 y 278 c. 2 se refieren a la redacción de los motivos de la sentencia que se publica de forma escrita (cfr. FASCHING, *op. cit.*, pp. 137 y ss.).

⁸⁵ Para el proceso germánico se trata de hipótesis atinentes a la sentencia contumaz, al proceso de requerimiento judicial y al caso de rechazo del recurso por *Revisión* (cfr. GRUNSKY, *op. cit.*, pp. 67 y ss.; FURTNER, *Das Urteil im Zivilprozess*, 2ª. ed., Munich-Berlin, 1967, p. 269); para el proceso austriaco se trata de casos relativos a las sentencias contumaces o pronunciadas después del reconocimiento o la renuncia a los actos (cfr. FASCHING, *op. cit.*, pp. 140 y ss.).

⁸⁶ En esta perspectiva se inserta el reciente proyecto alemán de reforma que hace admisible la renuncia de las partes a la motivación (hasta ahora admisible a propósito de

la renuncia arbitral, ex párrafo 510, c. 2 ZPO) y a excluir la motivación para las sentencias no impugnables, *cfr.* Las noticias que refiere HOLTGRAVE, “Zur Reform des Zivilprozessrecht”, en *ZZP*, n. 86, 1973, p. 7.

⁸⁷ Sobre las líneas generales de esta tendencia, *cfr.* CAPPELLETTI, “Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings (General Report)”, en *Fundamental Guarantees*, cit., pp. 664 y ss.

⁸⁸ *Cfr.* el artículo 117 de la constitución griega de 1968 (y ya el artículo 93 de la constitución de 1952); para los países de América Latina veáanse indicaciones en FIX-ZAMUDIO, “Les Garanties Constitutionnelles des Parties dans le Procès Civil en Amérique Latine”, en *Fundamental Guarantees*, cit., pp. 89 y ss.

⁸⁹ Esto no quita que, considerado en sí mismo, un problema de este tipo tenga una relevancia autónoma: cuando existe el principio constitucional, de hecho, el mismo operaría en el sentido de hacer ilegítima cualquier reforma futura que derogara o dejara sin efectos la regla por la que la motivación de la sentencia es obligatoria (*cfr.* GRUNSKY, *op. cit.*, p. 76, y véase *infra*, § 4 en orden del artículo 111 inciso uno de la Constitución italiana), mientras una norma de este tipo no provocaría problemas en el nivel de la legislación ordinaria. Sin embargo, el único problema de relevancia que establece una relación entre la normativa germánica vigente es el que ya está señalado *infra* en el texto.

⁹⁰ *Cfr.* por ejemplo el argumento por analogía utilizado por GRUNSKY, *op. cit.*, pp. 72 y ss., para demostrar la necesidad de la motivación de decreto de la mayor parte de las hipótesis señaladas.

⁹¹ Alguna duda podría suscitarse con relación a las normas constitucionales que se refieren de manera expresa sólo a la sentencia; además (véase *infra*, párrafo 4), también se ha dudado si comprende el decreto de expresión “mandatos jurisdiccionales” que utiliza el artículo 111, inciso uno, de la Constitución.

⁹² *Cfr.* GRUNSKY, *op. cit.*, p. 76.

⁹³ *Cfr.* BRÜGGEMANN, *Die richterliche Begründungspflicht. Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen*, Berlín, 1971, pp. 58 y ss. Este tipo de argumentación tiene la virtud de poner en evidencia el fundamento racionalista de la obligación de motivación, pero es discutible en la medida en la que parte de una sobrevaloración del aspecto cognitivo del juicio, y de una subvaluación correspondiente del elemento voluntarista y valorativo. En este sentido, *cfr.* GRUNSKY, *op. cit.*, pp. 77 y ss., y mi reseña a BRÜGGEMANN, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1972, p. 691.

⁹⁴ *Cfr.* BRÜGGEMANN, *op. cit.*, pp. 161 y ss., y sobre el mismo tema, véase TROCKER, *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milán, 1974, pp. 461 y s.

⁹⁵ *Cfr.* BRÜGGEMANN, *op. cit.*, pp. 125 y ss., 152 y ss., y sobre la referencia al artículo 20, inciso 3 del *Grundgesetz*, ULE, *op. cit.*, pp. 542 y ss.; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetz. Kommentar*, Munich, 1971, p. 26.

⁹⁶ *Cfr.* indicaciones en TROCKER, *op. cit.*, *loc. cit.*, y en GRUNSKY, *op. cit.*, pp. 78 y ss.

⁹⁷ *Cfr.*, por ejemplo, ARNDT, “Das rechtliche Gehör”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1959, p. 7.

⁹⁸ *Cfr.*, por ejemplo, GRUNSKY, *op. cit.*, pp. 79 y ss.

⁹⁹ La experiencia interpretativa que tuvo lugar en Alemania (al respecto, véase, ampliamente TROCKER, *op. cit.*, pp. 367 y ss.) mostró la fuerza expansiva del principio establecido por el artículo 103, inciso 1, del *Grundgesetz*, más allá de todo intento doctrinal por delimitar el alcance sobre la medida representada por la ley ordinaria. Esto permite considerar que el problema de la relación entre el principio de defensa y la obligación de la motivación, que hasta ahora no ha

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

sido enfrentado de manera directa por el *Bundesverfassungsgerichtshof*, pueda tener una evolución que vaya más allá del estadio incierto en el que lo ubican sus formulaciones actuales; pero ello no depende solamente de una mayor sensibilidad con el problema de la motivación (que es necesaria), sino especialmente de una mayor conciencia de la potencialidad de garantía de *rechtliches Gehör* que contiene.

¹⁰⁰ Ambas actitudes se encuentran en ese escrito, que es muy recomendable, de GRUNSKY. Por una parte, el argumento según el cual la obligación de motivación no puede deducirse del principio del contradictorio porque el mismo no implica la obligación del juez de tomar en consideración todos los argumentos de las partes (véase p. 79) no es muy convincente, y sobre todo se basa en una visión reductiva de la relación entre derechos de las partes y obligación del juez (sobre la existencia de una obligación del juez para valorar las razones y las instancias de las partes, basado en el artículo 103, inciso 1, del GG véase TROCKER, *op. cit.*, pp. 457 y ss., también para el tema de los reflejos que tiene este problema respecto de la motivación). Por otra parte, afirmar que no puede existir una obligación constitucional de motivación porque las normas ordinarias que contrastan con el mismo tienen su propia racionalidad, y por lo mismo no pueden eliminarse (véase GRUNSKY, *op. cit.*, p. 81), significa incurrir en la habitual inversión de perspectiva que considera legítimas las normas ordinarias no porque no contrastan con la norma constitucional, sino porque están justificadas por una *ratio* autónoma.

¹⁰¹ El problema de la obligación de la motivación en el proceso internacional y comunitario exige una consideración autónoma. La obligación de motivación para la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, está contemplado por el artículo 164, párrafo 1 del Reglamento de procedimiento, así como por normas específicas de los Estatutos comunitarios (cfr. GREMENTIERI, *Il processo comunitario. Principi e garanzie fondamentali*, Milán, 1973, p. 197). Sobre las prescripciones similares que se encuentran en muchos órganos de justicia internacional, cfr. MATSCHER, "Die Begründung der Entscheidungen internationaler Gerichte", en *Entscheidungsbegründung*, cit., pp. 438 y ss.

¹⁰² Cfr. "Principles of Civil Procedure of the Soviet Union and the Union Republics", 1.8-XII-1961 n. 526, en *Law in Eastern Europe*, VII, *Miscellanea*, Leyden, 1963, p. 308. La propia sentencia 37 contempla el derecho del juez que quedó en minoría para elaborar una motivación alternativa.

¹⁰³ Cfr. Los artículos 192, 197 y 311, numeral 6 (véase "Code of Civil Procedure of the RSFSR", en *Law in Eastern Europe*, XI, Leyden, 1966), al respecto cfr. *Derecho procesal civil soviético*, cit., p. 324, y ROGGMANN, "Procédure civile soviétique", II, en *Annales de la Fac. de Droit de Liège*, 1972, pp. 523 y ss. Sobre la extensión del principio más allá del proceso civil ordinario cfr. SCHMIDT H. TH., *Die sowjetischen Gesellschaftsgerichte*, Köln, 1969, p. 113.

¹⁰⁴ Cfr. Indicaciones analíticas en STALEV, "Fundamental Guarantees of Litigants in Civil Proceedings: A Survey of the Laws of the European People's Democracies", en *Fundamental Guarantees*, cit., p. 414.

¹⁰⁵ Cfr. STALEV, *op. cit.*, loc. cit.; NEVAL-SAWCZUK, "Les décisions judiciaires selon la procédure civile hongroise et polonaise", en *Annales Univ. Mariae Curie-Skłodowska*, XVII, 1970, sez. G, p. 43.

¹⁰⁶ Cfr. LAWTON, "Zur Entscheidungsbegründung im englischen Recht", en *Entscheidungsbegründung*, cit., pp. 423 y ss.; AKEHURST, "Statements of Reasons for Judicial and Administrative Decisions", en *Modern Law Review*, n. 33, 1970, pp. 154 y ss.

¹⁰⁷ Cfr. VARANO, *op. cit.*, pp. 502 y ss.; JOLOWICZ, "Fundamental Guarantees in Civil Litigation: England", en *Fundamental Guarantees*, cit., pp. 168 y s.

¹⁰⁸ Cfr. JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 169, el que muestra que un mutamento de la praxis es impensable y que, cuando tuviera lugar, "the system of case law would break down".

¹⁰⁹ En particular, es el juez el que decide si motivar oralmente en audiencia el acto pronunciado por la decisión, en cuyo caso la motivación es muy breve y extemporánea, o si motivar por escrito reservándose el tiempo necesario, en cuyo caso la motivación es más amplia y técnicamente más elaborada (cfr. SCARMAN, "The English Judge", en *Modern Law Review*, n. 30, 1967, pp. 1 y ss.; JACKSON, *The Machinery of Justice in England*, 4a. ed., Cambridge, 1972, p. 94). Esto se refiere a las hipótesis, cada vez más frecuentes, de *non-jury-trial*; en el caso de proceso con jurado, al *judge* (juez) solo le queda adecuar la decisión al veredicto (no motivado) y pronunciar la condena (cfr. JACKSON, *op. cit.*, *loc. cit.*).

¹¹⁰ Se desprende que la sentencia no puede impugnarse por vicios en la motivación (una especie de excepción en esta materia está constituida por la impugnación a la *House of Lords* contra las sentencias de la *High Court* admitida por la *Administration of Justice Act* del 1969, en el caso en el que la cuestión de derecho no haya sido "fully considered in the judgment": cfr. JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 169, n. 156). La motivación, en cambio, puede abrir la puerta a la impugnación si demuestra el error de derecho (cfr. AKEHURST, *op. cit.*, pp. 159 y ss.); es entendible que esta posibilidad se manifiesta en concreto con intensidad variable según la manera en la que la motivación se configura (véase antes), y por lo mismo no puede considerarse garantizada de una manera general.

¹¹¹ Cfr. VARANO, *op. cit.*, pp. 323 y ss., 503; LAWTON, *op. cit.*, p. 426.

¹¹² Véase indicaciones en LAWTON, *op. cit.*, p. 427, y en AKEHURST, *op. cit.*, pp. 157 y ss.

¹¹³ Cfr. VARANO, *op. cit.*, p. 324.

¹¹⁴ Sobre los diferentes puntos señalados en el texto, cfr. ampliamente AKEHURST, *op. cit.*, pp. 159 y ss., 168.

¹¹⁵ Cfr. especialmente DENNING, *The Road to Justice*, Londres, 1955, p. 29 (ver también DOWRICH, *Justice according to the English Common Lawyers*, Londres, 1961, p. 31). En el mismo sentido, cfr., también los puntos de vista expresados en 1932 por el *Committee on Ministers' Power* (véase el *Report del Committee*, reimp., Londres, 1966, pp. 80 y 100, y cfr. VARANO, *op. cit.*, p. 504), en 1957 por el *Committee on Administrative Tribunals and Enquiries*, y en 1971 en el *Memorandum on the Law and Practice on Appeals from the Criminal Jurisdiction of Magistrates' Court*, que fue redactado por el *Standing Committee on Criminal Law* de la *Law Society* (al respecto, cfr. PARKER, "A Right to Know the Reasons for a Decision of a Magistrates' Court?", en *Fundamental Rights*, Bridge, Lasok, Perrott and Plender editores, Londres, 1973, pp. 189 y ss.).

¹¹⁶ Cfr., por ejemplo, R. véanse "Gaming Board for Great Britain (1970)", en *W. L. R.*, n. 2, 1009, y véase otras indicaciones en PARKER, *op. cit.*, p. 189.

¹¹⁷ Cfr. JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 169, que parece entender esta cuestión como un asunto de escasa importancia, comparada con la práctica constante de la motivación.

¹¹⁸ La jurisprudencia inglesa ha afirmado el principio de la obligatoriedad de la motivación para los jueces especiales administrativos, y por lo mismo la existencia de un derecho de las partes a la motivación, teniendo en cuenta los poderes de decisión particularmente amplios que tiene el juez especial: cfr. LAWTON, *op. cit.*, p. 424.

¹¹⁹ Cfr. DENNING, *op. cit.*, *loc. cit.*; VARANO, *op. cit.*, p. 505.

¹²⁰ Cfr. VARANO, *op. cit.*, p. 503.

¹²¹ En este sentido, cfr. AKEHURST, *op. cit.*, p. 168.

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

¹²² En este sentido, para Canadá, *cfr.* WATSON, "Fundamental Guarantees of Litigants in Civil Proceedings in Canada", en *Fundamental Guarantees*, cit., pp. 235 y ss.; para Escocia véase LAWTON, *op. cit.*, p. 424 y s.

¹²³ *Cfr.* la Rule 54(a) de las *Federal Rules of Civil Procedure*, la cual mira a excluir de la sentencia todo lo que no atiene directamente al pronunciamiento de la decisión en sentido estricto (*cfr.* WRIGHT-MILLER, *Federal Practice and Procedure*, St. Paul, Minn., 1973, vol. X, pp. 7 y ss.); (al respecto, ver WEINSTEIN-KORN-MILLER, *New York Civil Practice*, Nueva York, 1964, vol. V, pp. 50-51 y ss.), y en general, BLUME, *American Civil Procedure*, Englewood Cliffs, N. J., 1955, pp. 221 y ss.

¹²⁴ Sobre la práctica de las sentencias no motivadas *cfr.* LUPOLI, "Valore dichiarativo della sentenza ed irretrattività del mutamento giurisprudenziale nel diritto statunitense", en *Quaderni del Foro Italiano*, 1969, c. 735 y ss.

¹²⁵ Muchas otras decisiones de la Corte Suprema no pueden ser motivadas, en los casos frecuentes en los que se niega el *certiorari*, o el recurso es rechazado "for want of a substantial federal question"; además, muchas decisiones *on the merits* vienen dadas por *curiam*, o sea sin motivación: al respecto: *cfr.* MILLER, "On the Choice of Major Premises in Supreme Court Opinions", en *Journal of Public Law*, n. 14, 1965, p. 255.

¹²⁶ *Cfr.* MAYERS, *L'ordinamento processuale negli Stati Uniti d'America*, trad. it., Milán, 1967, pp. 221 y ss. Vale la pena recordar que con base en la Rule 58 de las *Federal Rules of Civil Procedure*, los *findings of Fact* y las *conclusions of law* redactadas para la preparación del juicio no pueden formar parte de la sentencia: *cfr.*, al respecto LAVINE-HORNING, *Manual of Federal Practice*, Nueva York-San Francisco-Toronto-Londres-Sidney, 1961, pp. 593 y ss.

¹²⁷ *Cfr.* GORLA, "La struttura della decisione giudiziale nel diritto italiano e nella "common law", cit., c. 1247; SERENI, "Aspetti del processo civile negli Stati Uniti", en *Studi di diritto comparato*, I, Milán, 1956, p. 415. La tendencia a no motivar, o a reducir la motivación a breves *memoranda*, tiende a difundirse cada vez más: *cfr.* LLEWELLYN, *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, Boston-Toronto, 1960, p. 27.

¹²⁸ *Cfr.*, por ejemplo, LEFLAR, "Some Observations Concerning Judicial Opinions", en *Col. L. R.*, n. 61, 1961, pp. 810 y ss.; SHUMAN, "Justification of Judicial Decisions", cit., pp. 717 y ss.; WASSERSTROM, *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford, 1961, pp. 94 y ss., 159 y ss.

¹²⁹ *Cfr.* *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 90 S. Ct. 1011 (1970).

¹³⁰ En este sentido, *cfr.* SMIT, "Constitutional Guarantees in Civil Litigation in the United States of America", en *Fundamental Guarantees*, cit., p. 460.

¹³¹ La historia del problema en los ordenamientos procesales europeos, a partir de las reformas de la segunda mitad del siglo XVIII (al respecto, ver *supra*, 1) demuestra que el mismo no puede interpretarse a partir de la contraposición entre obligación de la motivación/ausencia de la obligación. Especialmente desde el punto de vista de las implicaciones ideológicas vinculadas con el principio de obligatoriedad de la motivación, es necesario tener en cuenta la dialéctica, interna al proceso mismo, entre concepción endoprocesal y concepción extraprocesal de la motivación. Es verdad que las soluciones que ha tenido el problema en los diferentes ordenamientos y en su evolución pueden sintetizarse en cuatro tipos: a) ausencia de la obligación de la motivación; b) obligación impuesta siguiendo a la concepción endoprocesal; c) obligación impuesta tanto según la concepción endoprocesal, como según la concepción extraprocesal; d) obligación configurada esencialmente siguiendo la concepción extraprocesal. Debemos notar que, durante los siglos XVII y XVIII la mayor parte de los ordenamientos adoptó la segunda

perspectiva, mientras que la segunda y la tercera aparecen cada vez más en los ordenamientos modernos. También existe algún ejemplo del caso más anómalo que es el cuarto, dado que en el ordenamiento inglés, la incorporación del principio de obligatoriedad de la motivación entre los principios de *natura justice* puede interpretarse, en ausencia de normas procesales ordinarias, como una manifestación autónoma de la concepción extraprocesal de la motivación.

¹³² En este sentido, véase una referencia aislada en ANDRIOLI, “Inesistenza della sentenza e difetto della motivazione”, en *Foro Italiano*, 1949, I, p. 554.

¹³³ Se ha hecho referencia anteriormente (párrafo 1, inciso b) a la viabilidad de la tesis según la cual el legislador italiano en 1865 se había inspirado, según la tendencia general de la época, esencialmente en la concepción endoprocesal de la motivación y de la obligación correspondiente. Por otro lado, no existe constancia de elementos que nos lleven a identificar una orientación distinta en el legislador de 1942. En cambio, como se demostrará más adelante (párrafo 4, inciso c), el primer inciso del artículo 111 de la Constitución está inspirado en la función garantista extraprocesal de la motivación. He aquí que en el mismo ordenamiento tenemos las dos concepciones de fenómeno, en tiempos y en situaciones histórico políticas y jurídicas tan diferentes que puede considerarse como un grave error de perspectiva histórica y jurídica la reducción del principio dentro de los límites de la norma ordinaria.

Nuestro ordenamiento (italiano) no es el único que contiene fenómenos como éste. Es muy similar, aunque no idéntico, el caso de Alemania, en donde la obligación de la motivación está establecida (siguiendo la línea de las reformas de Federico) por la ZPO de 1877, en una perspectiva claramente endoprocesal; en el *Bonner Grundgesetz* falta una norma expresa sobre este punto, pero como hemos visto, es dominante la opinión en el sentido de que este principio de obligatoriedad de la motivación —visto en clave política y garantista y por lo mismo extraprocesa— estaría implícito en los principios que recoge la constitución de Bonn (*cf.* párrafo 2, inciso a). Tenemos aquí una superposición, en condiciones histórico-políticas muy diferentes, de dos aproximaciones diversas del problema de la obligación de la motivación.

¹³⁴ En sentido análogo, *cf.* COLESANTI, *Entscheidungsbegründung*, cit., pp. 362 y ss.

¹³⁵ *Cfr.*, por ejemplo, MEYER, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux Pays de l'Europe*, París, 1823, IV, pp. 408 y ss.; V, p. 150; THOMINE-DESMAZURES, *Commentario*, cit., p. 292; MANCINI-PISANELLI-SCIALOJA, *Commentario*, cit., II, p. 427; GUASP, *Comentarios*, cit., p. 997; ALSINA, *op. cit.*, II, p. 255; CALAMANDREI, *La crisi della motivazione*, cit., p. 664; GRUNSKY, *op. cit.*, p. 73 (que habla de una obligación de información de tipo moral). En sentido crítico, *cf.* CARNELUTTI, “Eccesso del potere giudiziario per difetto di motivazione”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1947, II, p. 214.

¹³⁶ La misma parece poco real si se le relaciona con la práctica actual en la que emerge el conocido fenómeno de la altísima frecuencia de las impugnaciones y de la correlativa convicción de que la apelación es, si no la verdadera sede del juicio, una continuación natural de primer grado. No es este el espacio para indagar las modalidades y las causas del fenómeno, pero su existencia demuestra al menos la ausencia de la eficacia de la motivación como instrumento de persuasión de la justicia de la decisión y la inopuntividad de la impugnación. Sobre la función persuasiva de la motivación plural o compleja, véase por otra parte LUPOLI, *Pluralità di “rationes decidendi”*, cit., c. 252.

¹³⁷ *Il CALAMANDREI, op. ult. cit.*, p. 665, encuentra en la garantía de la impugnación a la verdadera función jurídica de la motivación. Lo mismo nos dice, al respecto, de

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

“función represiva” de la motivación, en la medida en la que es el instrumento mediante el cual las partes pueden identificar los errores del juez (cfr. *Cassazione civile*, cit., II, p. 374). Sobre el punto, que constituye un lugar común en nuestra doctrina, véase por último, LANCELLOTTI, “Sentenza civile”, en *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, Turín, 1969, p. 1119; COLESANTI, *op. ult. cit.*, p. 362 (y análogamente GRUNSKY, *op. e loc. ult. cit.*).

¹³⁸ Las fórmulas contempladas para la redacción de las sentencias en todo el derecho común (ver numeral 4) no constituyen un esquema de motivación, sino la sintética y formalista declaración mediante la cual el juez testimoniaba que siguió el *ordo iudicii*. Esta declaración, destinada a precluir impugnaciones con las que se hacen valer vicios que provienen de la violación del *ordo*, se requería como condición de validez de la sentencia (cfr., por ejemplo, PILLII *Medicinensis summa de ordine iudiciorum*, § 16 *De sententia diffinitiva* y TANCREDI *Bononiensis ordo iudiciarius*, pars IV *de sententiis et interlocutionibus*, entrambi in Pillius, Tancredus, Gratia. *Libri de Iudiciorum Ordine*, ed. Bergman, reimp. Aalen, 1965, pp. 78 y 280). Solamente en la doctrina más tardía se identifica alguna reacción crítica contra dicho formalismo, que se indica como no indispensable, por más útil que sea para dictar de una *vestis iustitiae* a la sentencia (cfr., por ejemplo, SCACCIAE, *Tractatus de sententia et re iudicata*, Romae MDCXXVIII, Glos. IX, n. 32, p. 365).

¹³⁹ En particular, sobre la función del “alegato in procedendo”, cfr., DENTI, *L'interpretazione della sentenza civile*, cit., pp. 40 y ss., en donde se subraya la diferencia entre alegato y motivación.

¹⁴⁰ En sustancia, la distinción inherente a la posibilidad de identificar los *errores in procedendo* o *in indicando* se refiere, desde el punto de vista de las partes, a la posibilidad de disponer de otras fuentes que sirvan para identificar la existencia del vicio. Mientras los *errores in procedendo* son en línea de máxima identificables *ex actis*, en tanto documentados (en verbales, resoluciones del juez, etcétera), no sucede lo mismo, siempre en principio, para los *errores in indicando* que surgen, esencialmente, de la motivación, en particular cuando se trata de errores de derecho.

¹⁴¹ Cfr. GUASP, *Comentarios*, cit., I, pp. 997 y ss.

¹⁴² En sentido opuesto, véase CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padua, 1973, pp. 296 y ss., 583 y ss., quien afirma que los motivos de la impugnación no satisfacen una exigencia esencial de la estructura de la apelación, y no limitan su objeto. Sin entrar a estudiar las diferentes argumentaciones en este sentido, conviene recordar algunos puntos —de los que A no parece percatarse— de los que encuentra sustento la perspectiva que se ha señalado. a) Existe un conjunto de normas del código procesal civil que tienen sentido si se le reconoce a los motivos de la apelación eficacia discriminatoria y limitativa a los fines del objeto de la impugnación. Este es el segundo inciso del artículo 329, en cuanto contempla el pasaje en juicio —para el trámite de la aceptación— de las partes de la sentencia que no han sido específicamente impugnadas. En una perspectiva análoga debe verse el artículo 346 que presupone que las peticiones y las excepciones no aceptadas en primer grado se “repropongan expresamente”, en ausencia de que no pueden volverse a tomar en cuenta. Por último, el artículo 342 prescribe que la situación de apelación contenga los “motivos específicos” de la impugnación. Parece indiscutible que estos artículos entran en contraste con la construcción teórica de la apelación como impugnación a “devolución automática plena”, pero en ese caso es la construcción teórica la que debe adecuarse al dato normativo, y no al revés. b) En un esquema de proceso concentrado y acelerado, como el que está previsto en la ley del 11 de agosto de 1973, n. 533, sobre el rito del trabajo, la prescripción

(artículo 434) inherente a los motivos específicos de la impugnación no puede desatenderse a menos que se quiera banalizar el derecho a la defensa de las partes y la propia estructura concentrada en el procedimiento. Por otra parte, así como la inmediata precisión de las exigencias y de las excepciones en los primeros actos, es una condición indispensable para la concentración del procedimiento en primer grado (sobre estas normas, *cfr.* DENTISIMONESCHI, *Il nuovo processo del lavoro*, Milán, 1974, pp. 86 y ss., 111 y ss.; MONTESANO, en MONTESANO-MAZZIOTTI, *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale*, Nápoles, 1974, pp. 74 y ss.), la especificidad de los motivos de la impugnación está orientada a garantizar la concentración del procedimiento de segundo grado (véase DENTISIMONESCHI, *op. cit.*, pp. 175 y ss.),*** *cfr.* CAPPELLETTI, en *Incontro sul progetto di riforma del processo del lavoro* (Bologna 12-13 junio de 1971), Milán, 1971, p. 60).

¹⁴³ En ese caso no solamente el derrotado tendría que impugnar “a oscuras” (*cfr.* COLESANTI, *op. ult. cit.*, p. 362), sino que el apelado tendría que defenderse de una impugnación no motivada y sobre la base de una sentencia que, en sustancia, le es favorable pero de la que no podría obtener ningún elemento para favorecer su posición. El contradictorio vendría a ser imposible y, en el fondo, superfluo, dado que no podría usar las razones de la sentencia impugnada.

¹⁴⁴ Al respecto, *cfr.*, COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padua, 1970, pp. 211 y ss., 308, n. 27.

¹⁴⁵ Los casos citados con mayor frecuencia son los siguientes: a) sentencia de absolución *propter ineptam petitionem*; b) sentencia que se aleja del *ius commune*; c) Sentencia que rechaza la petición de *rei vindicatio* porque el convenido no tienen la posesión de la cosa en el momento de la sentencia; d) sentencia de apelación que revoca la sentencia de primer grado. Para referencias bibliográficas, ver la n. 11.

¹⁴⁶ *Cfr.* el *Project des Codicis Fridericiani Marchici*, cit., parte I, tit. VI, § 18, p. 19.

¹⁴⁷ Sobre el argumento, véase, en general, DENTI, *op. ult. cit.*, pp. 23 y ss., 39 y ss., y *passim*.

¹⁴⁸ *Cfr.*, por último, COLESANTI, *op. ult. cit.*, pp. 367 y ss.; FASCHING, *op. cit.*, p. 136.

¹⁴⁹ La función explicativa autónoma que la desarrolla la motivación respecto de la decisión —incluso más allá de lo que se refiere a la posición de las partes respecto de la impugnación, y a la determinación objetiva de lo juzgado— está demostrado por el fenómeno creciente de las sentencias interpretativas o correctivas de la corte constitucional (véase, en general, ANDRIOLI, “Motivazione e dispositivo delle sentenze della Corte Costituzionale”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, pp. 529 y ss.; LOMBARDI, “Motivazione (Diritto Costituzionale)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, X, Turín, 1964, pp. 954 y ss.). Más allá de la discusión que plantea el problema de la eficacia vinculante de las sentencias interpretativas de rechazo, es evidente que la identificación de la “norma” que realiza la Corte en vía interpretativa se expresa mediante la motivación. Más precisamente en tanto se trata de concretar los principios constitucionales relacionados con las normas ordinarias, el establecimiento del significado la norma constitucional tiene lugar cuando —en el nivel de la motivación— se indican los valores jurídico políticos a partir de los cuales se materializa la operación concretadora.

Sobre la importancia de las técnicas justificativas (o sea interpretativas) en la motivación de las sentencias de constitucionalidad, y sobre la vinculación entre repetición de los motivos y estabilidad de la jurisprudencia, con una referencia específica a la Corte constitucional austriaca, véase PERNTHALER y PALLWEIN-PRETTNER, “Die Entscheidungsbegründung des Österreichischen Verfassungsgerichtshof”, en *Entscheidungsbegründung*, cit., pp. 212 y ss., 223 y ss.

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

¹⁵⁰ Sobre este argumento, véase COLESANTI, *op. ult. cit.*, p. 363 y CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 224; evidentemente, se trata de un aspecto ulterior de la función “represiva” de la motivación a la que se ha hecho referencia, *cfr.* CALAMANDREI, *Cassazione civile*, cit., II, pp. 374 y s.

¹⁵¹ En particular, sobre la interpretación constitucional de la sentencia, *cfr.* DENTI, *op. ult. cit.*, pp. 91 y ss.

¹⁵² Más allá de la relación motivación-impugnación que se menciona en el texto, la concepción endoprosesal de la motivación tendría una eficacia explicativa respecto del principio de obligatoriedad, en función de las sentencias que no admiten impugnaciones o que han sido sometidas a juicio, desde un solo punto de vista: se trata del caso en el que la sentencia debe interpretarse por un juez, diferente del juez de la impugnación, ante el que se debe hacer valer el precedente juzgado (véase DENTI, *op. e loc. ult. cit.*).

¹⁵³ La consideración exclusiva de la motivación en relación con la impugnación explica algunas soluciones limitativas como las adoptadas en el código de José II de Austria (ver *supra*, párrafo 1, *inciso a*), caracterizadas por vincular la existencia misma de la motivación a la posibilidad y a las exigencias de la motivación. *cfr.* Además, para una hipótesis de sobrevivencia de una reglamentación de este tipo, el artículo 238, párrafo 1 del código procesal civil polaco (al respecto, ver párrafo 2, *inciso b*).

¹⁵⁴ Sobre la práctica en el derecho común germánico, ver las indicaciones expuestas *ante*, n. 21.

¹⁵⁵ *Cfr.*, en general, COLESANTI, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁵⁶ Al respecto, más ampliamente, véase *infra* cap. VII.

¹⁵⁷ Para las definiciones generales de las dos funciones, sigue siendo sustancialmente válido lo sostenido por CALAMANDREI, *Cassazione civile*, cit., II, pp. 2 y ss., 48 y ss.

¹⁵⁸ Incluso en el marco de una concepción no del todo aceptable del razonamiento del juez y de la naturaleza de la sentencia, existe un núcleo de verdad en lo que afirmaba CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, II, pp. 29 y s., a propósito del *error iuris in iudicando*, revelando que se trata de un error inherente a la fijación de una de las premisas de las que parte el razonamiento que no concluye con la decisión (análogamente, aunque distinguiendo la hipótesis de la falsa aplicación de la ley, ver CARNELUTTI, “Limiti del rilievo dell'error in iudicando in Corte di Cassazione”, en *Studi di diritto processuale*, I, Padua, 1925, pp. 374 y 385).

¹⁵⁹ Según el esquema estructural del juicio que se ha delineado más arriba, (ver cap. V, párrafo 2), la interpretación-aplicación de la norma no es la decisión (entendida como afirmación de las consecuencias jurídicas inherentes al caso), sino una premisa de la que ésta proviene. Se desprende que el control sobre la legitimidad de la aplicación de la norma no es un control sobre la decisión en sí considerada, sino un juicio sobre la legitimidad de las premisas normativas (interpretativas/aplicativas) de las que el juez ha desprendido su conclusión. Con mayor precisión, se trata de un control inherente a la legitimidad de las premisas normativas que el juez *afirma* que se encuentran detrás de la decisión; es decir, un control sobre los *motivos de derecho* de la decisión misma. Desde esta perspectiva, el control de la legitimidad resulta fundado cuando se confronta el razonamiento que hace el juez en la motivación, sobre el significado que debe atribuirse a la norma con relación al supuesto concreto, y el razonamiento análogo (estructuralmente) que hace la Casación en torno a la norma, a su interpretación y a la calificación jurídica del hecho. Sobre las diferentes posiciones del juez del caso y de la Casación ante la norma, *cfr.*, MAZZARELLA, “ ‘Fatto e diritto’ in Cassazione”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1974, p. 110.

¹⁶⁰ En general, sobre la recepción del modelo francés posrevolucionario en las codificaciones procesales italianas ver *ante*, párrafo 1, *inciso b*). Conviene recordar que el sentido de la relación entre la obligación de la motivación y el control de la legalidad en Casación cambia, y ha cambiado históricamente, con los cambios de la ubicación de la Corte en la estructura del ordenamiento (ver, *supra*, n. 42). Mientras, durante los primeros años de su existencia, el tribunal de Casación era considerado como un órgano ajeno al poder judicial, al que le tocaba reprimir las violaciones a la ley y garantizar la supremacía del poder legislativo (véase ampliamente CALAMANDREI, *Cassazione civile*, cit., II, pp. 429 y ss., 453 y ss.; CATTANEO, *op. cit.*, pp. 112 y ss.; AMODIO, *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria*, cit., p. 448), entender a la Casación como el destinatario de la motivación implicaba, aunque fuera de manera indirecta y mediata, considerar a la motivación como un mecanismo de control externo sobre la operación del juez (en la medida en la que el Tribunal de Casación se consideraba una especie de emanación del poder legislativo, y en este último se expresaba la voluntad popular). Cuando, en coincidencia con la codificación, la Casación deja de ser un órgano de control político sobre poder judicial y se convierte en el supremo “regulador judicial de la interpretación jurisprudencial (*cf.* CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, II, pp. 506 y ss.; en sentido crítico respecto a esta reconstrucción del instituto, véase MAZZARELLA, “Passato e presente della Cassazione”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, pp. 95 y ss.), la función de la motivación cambia y se restringe, prevaleciendo el elemento endoprocesal: la motivación deja de ser el trámite de un control externo sobre la actividad del juez, y se convierte en un control interno al poder judicial, ejercido por el órgano que está en la cúspide de dicho poder. Lo que cambia, en sustancia, es la naturaleza del control en virtud del cual se contempla la motivación, que deja de ser político y pasa a ser judicial y de “legalidad”.

¹⁶¹ Véase *infra*, § 4.

¹⁶² *Cfr.* CALAMANDREI, *Cassazione civile*, cit., II, pp. 86 y ss., sobre las relaciones entre función de nomofilachia y de unificación de la jurisprudencia.

¹⁶³ La distinción no es solamente teórica, o al menos no lo ha sido históricamente. De hecho, en Francia, la ley del 27 de noviembre - 1 de diciembre de 1790 que instituyó el *Tribunal de Cassation* no consideraba la obligación de la motivación, pero prescribía la referencia expresa a la norma que sería aplicada; la obligación de motivación de las sentencias de rechazo se estableció con la ley 4 germinal del año II (*cf.* MERLIN, *op. cit.*, véase *cit.*, p. 378; SAUVEL, *op. cit.*, pp. 46 y s.). Por otra parte, en los primeros años de su existencia, el *Tribunal de Cassation* no acostumbraba motivar siquiera las sentencias de aceptación (*cf.* CALAMANDREI, *Cassazione civile*, cit., II, p. 470).

¹⁶⁴ Para exaltaciones recientes de dicha función, indicativas porque descuidan los aspectos más problemáticos y discutibles que surgen en la práctica, *cf.* FLORE, “La Corte di Cassazione e la Costituzione”, en *Giust. Civ.*, 1965, IV, pp. 105 y ss., y BERRI, “L’unità della giurisprudenza e la Corte di Cassazione”, en *Iustitia*, 1965, pp. 441 y ss., en donde se llega a considerar la función unificadora de la Corte como una manifestación del principio constitucional de igualdad.

¹⁶⁵ Sobre la eficacia de precedente *de facto* de las sentencias de Casación es necesario retomar los estudios de GORLA que aparecieron en los *Quaderni del Foro italiano*, a partir de 1966 *Raccolta di saggi sull’interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, *ivi*, 1966, c. 13 y ss.; algunas referencias generales también en *id.*, “Giurisprudenza”, en *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milán, 1970, pp. 490 y ss.

¹⁶⁶ *Cfr.* FURNO, “Problemi attuali della Corte di Cassazione”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1958, p. 484.

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

¹⁶⁷ Sobre la conocida y añeja problemática inherente a las distorsiones que se verifican en las formulaciones de las máximas y —especialmente— en su utilización como precedentes ficticiamente “unificadores”, sigue siendo actual lo que sostiene CALAMANDREI, “La funzione della giurisprudenza nel tempo presente”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1955, pp. 257 y ss. Sobre el mismo argumento, véase también, un texto más reciente de MICHELI, “L’unità dell’ordinamento e il processo civile”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1968, pp. 441 y ss.; COLESANTI, “Giurisprudenza”, en *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Turín, 1961, p. 1105.

¹⁶⁸ Se trata de una hipótesis que para ser robada exigiría demostrar la existencia de una *voluntas* específica en ese sentido, lo que, como sucede con frecuencia, no parece posible. La hipótesis más atendible que no involucra finalidades perseguidas por el legislador mediante el artículo 132, numeral 4, es que el propio legislador del '42 se limitó a recibir, sin realizar una valoración *ad hoc* del problema, el artículo 360, numeral 6 del código del '65 que representaba, ni más ni menos, que una reafirmación del principio que ya estaba presente en la mayor parte de las codificaciones procesales preunitarias. Se trataría de una de esas normas que, una vez superado el momento histórico en el que fueron aprobadas, se convierten en “lugares comunes del ordenamiento” y terminan reproduciéndose sin mayores cambios y sin connotadas problemáticas nuevas, en el devenir de las diferentes legislaciones procesales.

¹⁶⁹ En este sentido, para todos los casos, *cfr.* TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milán, 1967, pp. 15 y ss.; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, 4a ed., Roma, 1956, I, pp. 306 y ss.

¹⁷⁰ Desde esta perspectiva, adquiere relevancia el vínculo con el concepto de “sentencia en sentido sustancial” que ha constituido el resultado de la conocida cuestión interpretativa que tuvo lugar a propósito de la noción de sentencia utilizada en el inciso segundo del propio artículo 111 de la Constitución (sobre la que, debe verse, en general MANDRIOLI, *L’assorbimento dell’azione civile di nullità e l’articolo 111 della Costituzione*, Milán, 1967, pp. 35 y ss.). Ese vínculo sirve para extender a todas las resoluciones con carácter decisorio la prescripción del artículo 132, numeral 4 y permite impugnar en Casación por violaciones a la ley, sobre la base del propio artículo 111, inciso segundo, aquellas resoluciones decisorias que emanan de una manera distinta que la sentencia y que, careciendo de una motivación adecuada, implican una violación al artículo 132, numeral 4 del código procesal civil. Para el caso de las violaciones a la ley con regulaciones decisorias que emanan de una ordenanza no motivada, *cfr.* SALIS, “Provvedimenti collegiali non motivati”, en *Giustizia civile*, 1965, I, pp. 597 y ss.

¹⁷¹ Análogamente *cfr.*, por último, COLESANTI, *Die Entscheidungsbegründung*, cit., pp. 360 y s., y, además, RAMAT, “Significato costituzionale della motivazione”, en *Magistrati o funzionari?*, editado por G. Maranini, Milán, 1962, p. 695. Sobre el mismo problema en el ámbito del derecho penal, *cfr.* AMODIO, *La motivazione*, cit., pp. 114 y ss. La necesidad de que las normas en las que no se encuentre expresamente prevista la obligación de la motivación de una decisión jurisprudencial se integren en los términos del principio establecido por el artículo 111 ha sido reiterada por la Corte de Casación en la sentencia del 26 de junio de 1969, n. 103, en *Giur. Const.*, 1969, pp. 1562 y ss., en donde se declara infundada la cuestión de inconstitucionalidad de una norma que no contemple expresamente la obligación de la motivación de un decreto, ya que dicha obligación descende directamente de la norma constitucional.

¹⁷² Cabe subrayar que en la mayoría de los casos en los que se contempla el decreto se exige la motivación de la decisión como en los artículos 640, 641, 672, 673 y

737 del código procesal civil, (al respecto, *cfr.* CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, I, p. 309). No faltan algunas hipótesis específicas como la del artículo 313 del código civil en donde se contempla expresamente la emanación de un decreto “sin expresar los motivos”.

¹⁷³ *Cfr.* Las noticias contenidas en FALZONE-PALERMO-COSENTINO, *La Costituzione della repubblica italiana*, Roma, 1969, p. 356, y en CARULLO, *La Costituzione della repubblica italiana*, Bologna, 1950, p. 354, n. 1, de donde se puede deducir la orientación del legislador constituyente “histórico” en el sentido de excluir el decreto del ámbito constitucional.

¹⁷⁴ Sobre estos dos orientamientos, *cfr.*, además de las referencias de la nota anterior, LESSONA, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 213; PROVINCIALI, *Norme di diritto processuale*, cit., p. 66; BISCARETTI DI RUFFIA, *op. cit.*, p. 551.

¹⁷⁵ *Cfr.* LESSONA, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁷⁶ Sobre el argumento, *cfr.* otras referencias en TROCKER, *op. cit.*, p. 461; GRUNSKY, *op. cit.*, pp. 72 y ss.; BRÜGGEMANN, *op. cit.*, pp. 94 y ss. En el mismo sentido por lo que hace al ordenamiento suizo, *cfr.* WALDER, *op. cit.*, p. 321.

¹⁷⁷ *Cfr.* GRUNSKY, *op. cit.*, p. 75.

¹⁷⁸ La exigencia de garantizar los derechos de las partes con relación a las disposiciones ordenatorias, mediante la motivación, está claramente presente en el código austriaco, aunque el mismo no identifica una verdadera y propia obligación general de motivación de esas disposiciones. Por otra parte, el numeral 418 de la ZPO austriaca contempla que se motiven los decretos que surgen del contradictorio de las partes o a petición de las partes, dejando a la discreción del juez la motivación en los demás casos. Por otra parte, se impone la tendencia a considerar que, cuando la motivación no es obligatoria, siga siendo necesaria si se admite una forma de impugnación contra el control (*cfr.* FASCHING, *op. cit.*, pp. 142 y s.).

¹⁷⁹ En general sobre la conexión bajo análisis, *cfr.* BRÜGGEMANN, *op. cit.*, pp. 152 y ss.; TROCKER, *op. cit.*, pp. 459 y ss.; WALDER, *op. cit.*, pp. 299 y ss.; RAMMOS, *op. cit.*, p. 406. En sentido crítico, *cfr.* GRUNSKY, *op. cit.*, pp. 78 y ss.

¹⁸⁰ Sobre el argumento *cfr.*, en general, COMOGLIO, *op. cit.*, pp. 145 y ss., 217 y ss., 302 y ss.; además, con muchas referencias al tema en Alemania, TROCKER, *op. cit.*, pp. 448 y ss., 510 y ss., 637 y ss.

¹⁸¹ La conexión entre una hipótesis de este tipo y la exigencia de la motivación resulta claramente aceptada, por ejemplo, por parte del legislador soviético que prescribe expresamente, tanto en los principios fundamentales como en el código procesal civil, la motivación específica en función de la exclusión de los medios de prueba deducidos por las partes (ver, *supra*, § 2, inciso b).

¹⁸² Sobre la violación del derecho a la prueba que puede realizarse de esta manera, *cfr.* más ampliamente TARUFFO, *Studi*, cit., pp. 71 y ss.; *id.*, *Prove atipiche*, cit., pp. 428 y ss.

¹⁸³ Uno de los factores que facilitan este fenómeno se presenta por la ausencia de una obligación expresa del juez para suscitar de manera preventiva el contradictorio entre las partes sobre la hipótesis de la decisión, diferente de la que proponen las propias partes, que el juez considera más tendible, no siendo suficiente en ese sentido, el artículo 82, inciso dos, del código procesal civil (*cfr.* DENTI, “Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1968, pp. 217 y ss.; en sentido parcialmente diferente, *cfr.* GRASSO, “La collaborazione nel processo civile”, *ibidem*, 1966, pp. 291 y 606. En el sentido de que una obligación de este tipo puede deducirse directamente del artículo 24 de la constitución, véase, por último, TARUFFO, *Certezza e probabilità*, cit., cc. 40 y s.). La situación es similar y provoca los mismos problemas

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

desde la perspectiva de la garantía de defensa, en Alemania, en donde la cuestión ha sido ampliamente debatida en la doctrina y en la jurisprudencia (*cfr.* TROCKER, *op. cit.*, pp. 660 y ss.).

¹⁸⁴ Sobre las modalidades con las que una instrumentalización del principio del libre convencimiento consiente a la jurisprudencia de eludir la garantía de la defensa en virtud de la valoración de las pruebas, *cfr.* más ampliamente TARUFFO, *op. e loc. ult. cit.*; *id.*, *Prove atipiche*, cit., pp. 430 y ss.).

¹⁸⁵ Retiene en cambio, existente un *Bescheidungspflicht* BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 154; en sentido decididamente crítico al respecto, *cfr.* GRUNSKY, *op. cit.*, p. 79, que empuja sus argumentos demasiado lejos, hasta negar cualquier conexión entre la obligación de la motivación y el principio de *rechtliches Gehör*.

¹⁸⁶ Véase *infra*, § 5, inciso c).

¹⁸⁷ Sobre las opiniones expresadas en este sentido en la doctrina alemana *cfr.*, TROCKER, *op. cit.*, pp. 657 y ss.; *cfr.* LOEBER, *Die Verwertung von Erfahrungssätzen durch den Richter im Zivilprozess*, diss., Kiel, 1972, pp. 50 y ss. En general sobre la necesidad de que las partes puedan tener interlocución, preventivamente y tempestivamente, sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho relevantes para la decisión, *cfr.* COMOGLIO, *op. cit.*, pp. 145 y ss.; específicamente sobre la necesidad del contradictorio en virtud de las presunciones que el juez intenta extraer del material probatorio obtenido en el juicio, *cfr.* TARUFFO, *Certezza e probabilità*, cit., pp. 40 y s., y de manera análoga la intervención de MONTESANO sobre el tema en "Il processo di cognizione a trent'anni dal codice", en *Atti del IX Convegno nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile*, Milán, 1974, p. 83.

¹⁸⁸ Es suficiente recordar, al respecto, la amplia problemática relativa a la motivación de la decisión administrativa, en la que uno de los puntos centrales es la conexión entre necesidad de la motivación y exigencia de controlabilidad del fundamento y de la legitimidad del acto. Al respecto, *cfr.* Ampliamente, entre los trabajos más recientes, MORETTI, *La motivazione dell' accertamento tributario*, Padua, 1969, especialmente pp. 75 y ss., 134 y ss.; DE FINA, "La motivazione dei provvedimenti amministrativi", en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1971, pp. 9 y ss.; VANDELLI, "Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, pp. 1595 y ss.; SVOBODA, "Die Begründung individueller Verwaltungsakte nach den österreichischen allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzen", en *Entscheidungsbegründung*, cit., pp. 255 y ss.; GYGI, "Die Entscheidungsbegründung im schweizerischen Verwaltungsrecht", *ibidem*, pp. 329 y ss.; BECKER, "Die Entscheidungsbegründung im deutschen Verwaltungs-, verwaltungsgerichtlichen und verfassungsgerichtlichen Verfahren", *ibidem*, pp. 101 y ss. En sentido crítico respecto a la posibilidad de identificar un principio general de obligatoriedad de la motivación del acto administrativo, *cfr.* JUSO, *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*, Milán, 1963, pp. 71 y ss.

¹⁸⁹ Mientras, por una parte, el artículo 102, inciso tres, de la Constitución representa indudablemente una relevante apertura en sentido democrático, vale advertir que, haciendo excepción de proceso del trabajo (y también aquí con fuertes limitaciones), el principio de la participación popular en la administración de la justicia es, en la práctica, letra muerta (con probabilidad como consecuencia de sus netas implicaciones políticas). Sin embargo, debe subrayarse que en los casos en los que se contempla una forma de participación al proceso (que no al juicio), la eficacia concreta del fenómeno puede reducirse a cero por parte del juez en el momento clave de la decisión, en la medida en

que la actitud del juez incida en la adhesión a una ideología antidemocrática. Evidentemente, esta eventualidad no implica la inutilidad de la participación popular en el proceso, pero hace evidente que la misma puede ser insuficiente para garantizar una decisión que sea coherente con los valores que “el pueblo” puede expresar participando en el proceso. En donde la necesidad de integrar las formas de participación *al proceso* o con las modalidades de participación *a la decisión*, o en todo caso, con la posibilidad de un control difuso *a posteriori* sobre el fundamento de la decisión misma. Participación y obligación de motivación no son fenómenos propiamente complementarios, aunque pueden observarse en la misma perspectiva ideológica, en la medida en la que cualquier ampliación en la modalidad de participación no puede satisfacer plenamente la exigencia de fondo a la que responde la obligación de motivación. La consecuencia es que, bajo la perspectiva que aquí se considera, una participación democrática efectiva en la administración de la justicia requiere de un nivel de participación máximo al proceso, y un nivel máximo de control externo de la decisión mediante la motivación.

¹⁹⁰ La “especialidad” de este tipo de participación es evidente desde diferentes puntos de vista: escapa de la previsión establecida por el artículo 102, inciso 3 de la Constitución, no pudiéndose concebir una reglamentación legislativa, sino solo –eventualmente– una gestión política; además, no se trata tanto de una participación en litigios específicos, sino de una manera de inserción del pueblo en el fenómeno global de la administración de la justicia. Se trata, además, de una participación en el nivel mínimo del conocimiento (y toma de conciencia) de los actos y eventos específicos en los que la “justicia” se manifiesta, así como, por último, de la indicación de los intereses y valores-guía a los que la administración de justicia debería inspirarse.

¹⁹¹ Sobre la problemática de la cuestión sindical en las controversias de trabajo, *cfr.* TREU, “Riforma del processo del lavoro e ruolo del sindacato”, en *Riv. Giur. Lav.*, 1973, I, pp. 341 y ss.; ROMAGNOLI, “Il ruolo del sindacato nel processo del lavoro”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1974, pp. 154 y ss.

¹⁹² Se trata de situaciones sustanciales particulares que se caracterizan por la presencia de intereses difusos (de clase, de grupo, de categoría), sobre las que se plantea el problema de las acciones llamadas públicas, véase, ZANUTTIGH, “ ‘Italia Nostra’ di fronte al Consiglio di Stato”, en *Foro Italiano*, 1974, III, cc. 34 y ss.; CARPI, *L’efficacia ultra partes della sentenza civile*, Milán, 1974, pp. 99 y ss., así como las ponencias de DENTI, SCOCA, GIANNINI y RODOTÀ en el congreso de Pavía de los días 11 y 12 de junio con el tema “las acciones para tutelar los intereses colectivos”. Para indicaciones de carácter comparado, véase TARUFFO, “I limiti soggettivi del giudicato e le ‘class actions’ ”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1969, pp. 609 y ss.).

¹⁹³ A las categorías de hipótesis que han sido recordadas, debemos agregar otra con características menos definidas desde el punto de vista jurídico, en donde encuentran lugar los procesos políticos (*cfr.*, en general, KIRCHHEIMER, *Political Justice. The Use of legal Procedure for Political Ende*, Princeton, N.J., 1961, pp. 46 y ss.). Esta se caracteriza porque el grupo social que se coloca como destinatario político de la decisión, y por lo tanto ejerce típicamente el control externo sobre la misma, no se define en el área de difusión de un interés particular, sino que tiende a coincidir con toda la colectividad, eventualmente incluso en el nivel supranacional. Si, por un parte, es en la justicia penal en la que suele encontrarse el fenómeno del proceso político (aunque no sólo sean políticos los procesos sobre “delitos políticos”), por otra parte, no puede negarse la presencia en el ámbito de la justicia civil. Esto vale si se acepta el análisis marxista del uso de clase en la justicia civil: desde esta perspectiva el “público” que es destinatario

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

de la decisión se desdobra, en el sentido que por un lado se coloca la clase que se ve beneficiada por la justicia civil y, del otro, la clase en contra de la que se usa. Ambas, sin embargo, pueden –y deben– revisar, controlar, la legitimidad jurídico política de la operación del juez, aunque sea a la luz de valores y razones ideológicas que confluyen.

¹⁹⁴ Cfr., en el mismo sentido, SATTA, *Commentario al cod. Proc. Civ.*, I, Milán, 1959, p. 500; COLESANTI, *Entscheidungsbegründung*, cit., pp. 372 y ss., y una mención en ANDRIOLI, *Inesistenza della sentenza*, cit., p. 554.

¹⁹⁵ Al respecto, véase *supra*, § 1, *passim*, y § 2.

¹⁹⁶ Para un ejemplo significativo, referido específicamente al problema de la obligación constitucional de motivación, cfr. TORRENTE, “Spunti per uno studio sull’inesistenza e sulla nullità della sentenza”, en *Studi in onore di E. Redenti*, Milán, 1951, II, pp. 393 y ss.

¹⁹⁷ Más ampliamente sobre el argumento, *supra*, cap. V, § 3, *inciso f*).

¹⁹⁸ La interpretación reductiva de la norma constitucional según la cual dicha norma únicamente habría generalizado la obligación de motivación de sentencia, sin incidir en el contenido específico de la obligación misma, era muy difundida en los años que siguieron a la aprobación de la Constitución: cfr., por ejemplo, Cass. 20 de noviembre de 1950, n. 2624, en *Foro Italiano*, 1951, I, 308; TORRENTE, *op. cit.*, *loc. cit.*. Por otra parte, salvo otras indicaciones en sentido contrario (cfr., por ejemplo, ANDRIOLI, *op. e loc. ult. cit.*; RAMAT, *op. cit.*, *loc. cit.*), el tema de la obligación de la motivación sigue afrontándose sin atribuirle relevancia a la constitucionalización del principio de obligatoriedad de los motivos (cfr., por ejemplo, LANCELOTI, *Sentenza civile*, cit., pp. 1118 y ss.; CORMIO, en *Commentario del Cod. Proc. Civ. editado por E. Allorio*, I, t. 2, Turín, 1973, pp. 1416 y ss.).

¹⁹⁹ Véase *supra*, § 4, inciso a).

²⁰⁰ A su vez, ni siquiera el artículo 360 numeral 5 del código procesal civil contiene una definición adecuada a la motivación, porque se limita a indicar de una manera vaga los vicios de la motivación ante los que la sentencia puede anularse en la Casación. Más allá del hecho de que el significado de la norma no es definitorio, sino funcional para el control que hace la Casación sobre la sentencia, debe señalarse que la identificación específica de los vicios en cuestión depende de los propios requisitos de forma y contenido de la motivación a partir de las normas que la prescriben (relacionado con el significado del artículo 360, numeral 5, véase *infra* cap. VII).

²⁰¹ Sobre la naturaleza específica del vicio, ver *infra*, § 6.

²⁰² Cfr. COLESANTI, *Entscheidungsbegründung*, cit., pp. 379 y ss.

²⁰³ Cfr., por ejemplo, entre las muchas decisiones que repiten la misma afirmación de principio, Cass. 20 de marzo de 1965, *ibid.*, 1965, véase cit., n. 51; Cass. 21 de mayo de 1964, n. 1254, *ibid.*, 1964, véase cit., n. 50; Cass. 17 de mayo de 1956, n. 1684, en *Giurisprudenza Italiana*, 1957, I, p. 734.

²⁰⁴ Véase *supra*, cap. III, § 2, y en general el cap. V.

²⁰⁵ Sobre el argumento, véase *supra*, cap. II.

²⁰⁶ Análogamente, sobre este punto véase, por último, MAZZARELLA, “Fatto e diritto” in *Cassazione*”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1974, p. 114.

²⁰⁷ Entre los muchos ejemplos posibles, es significativa la Cass. 11 de octubre de 1973, n. 2559, en *Massimario de Foro Italiano*, 1973, 727, en la que se afirma que existe insuficiencia de motivación cuando la exposición de motivos revela “desde el punto de vista sustancial”, una insuficiencia “objetiva” de los criterios y de las razones a partir de las cuales los jueces formaron sus convicciones. Es fácil notar que se trata de una tautología, según la cual la motivación es suficiente cuando tiene motivos suficientes, que no agregan nada al subrayado lingüístico que reclaman una hipotética “sustancia” u

“objetividad”. Para algunas afirmaciones sustancialmente idénticas, *cfr.* Cass. 7 de enero de 1972, n. 34, y Cass. 15 de diciembre de 1972, n. 3602, ambas en *Repertorio del Foro Italiano*, 1972, véase *Sentenza civile*, nn. 79 y 81.

²⁰⁸ Véase *infra*, cap. VIII, § 3.

²⁰⁹ El examen de las decisiones en las que se ha encontrado un vicio de motivación por violación del criterio general que se ha recordado en el texto, nos permite hacer notar que, más allá de algunas hipótesis que serán comentadas, y que refieren una *ratio* autónoma, no se utilizan criterios de control individuales con una precisión suficiente. Por el contrario, tenemos una gran cantidad de casos heterogéneos en los que el vicio de la motivación está identificado mediante una estrecha conexión con el supuesto singular que se decide, sin que se pueda deducir una regla de carácter general (*cfr.*, por ejemplo, Cass. 19 de julio de 1968, n. 2611, en *Foro Italiano*, 1969, I, 701), o bien, se define genéricamente como “ausencia de una justificación adecuada” de afirmaciones realizadas por el juez (*cfr.*, por ejemplo, Cass. 29 de octubre de 1973, n. 2822, en *Massimario de Foro Italiano*, 1973, 792; Cass. 19 de julio de 1965, n. 1637, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1965, véase *Sentenza civile*, n. 78; Cass. 18 de enero de 1961, n. 71, *ibid.*, 1961, véase *cit.*, n. 40; Cass. 24 de marzo de 1964, n. 669, *ibid.*, 1964, véase *cit.*, n. 36; Cass. 5 de octubre de 1963, n. 2652, *ibid.*, 1963, véase *cit.*, n. 70; Cass. 22 de enero de 1958, n. 134, *Giurisprudenza italiana*, 1958, I, 662).

²¹⁰ En particular, el único concepto que la jurisprudencia usa con una cierta frecuencia en ese sentido es el de afirmación apodíctica (véase, por ejemplo, Cass. 29 de octubre de 1973, n. 2822, *cit.*; Cass. 9 de marzo de 1973, n. 635, *Massimario de Foro Italiano*, 1973, 173; Cass. 18 de octubre de 1971, n. 2953, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1971, véase *Sentenza civile*, n. 107; Cass. 26 de junio de 1963, n. 1712, *ibid.*, 1963, véase *cit.*, n. 66; Cass. 24 de marzo de 1964, n. 669, *cit.*), que, además, en ausencia de una definición rigurosa, es un filtro que permite recabar casos particularmente evidentes de ausencia de motivación. A su vez, también el caso de concepto de motivación “perpleja” (véase por ejemplo, Cass. 31 de marzo de 1971, n. 936, *ibid.*, 1971, véase *cit.*, n. 133) sigue siendo genérico, y permite evidenciar hipótesis particularmente graves de oscuridad en el razonamiento del juez (en el caso que se ha citado apenas se trataba de la imposibilidad de establecer cuál de las diferentes calificaciones jurídicas de la relación es la que el juez había adoptado).

²¹¹ Son excepción sólo algunas decisiones aisladas, en las que la Suprema Corte efectúa una verificación puntual de la congruencia lógica de la decisión, sin limitarse a señalar la ausencia o la insuficiencia: (*cfr.*, por ejemplo, Cass. 11 de marzo de 1966, n. 694, en *Foro Italiano*, 1966, I, 2080; Cass. 19 de julio de 1968, n. 2611, *cit.*; Cass. 9 de marzo de 1973, n. 635, *cit.*; Cass. 29 de octubre de 1970, n. 2245, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1972, véase *cit.*, n. 68).

²¹² *Cfr.* cap. I, § 1, y cap. III, § 1.

²¹³ Véase, principalmente, *ante*, cap. V, § 3. Desde el punto de vista de la identificación de los criterios que sirven para valorar a la motivación, los resultados del discurso justificativo del juez muestran su eficacia prescriptiva. En verdad, la estructura ideal de la motivación —como síntesis de los vínculos funcionales que constituyen el modelo del discurso— es el parámetro general de lo que “debería ser la motivación” y, por lo mismo, el punto de referencia para valorar a las motivaciones concretas.

²¹⁴ Para claridad de exposición, el análisis de los requisitos que se definen a partir del artículo 360, numeral 5 del código procesal civil, se desarrollará cuando se analice el control de la motivación por parte del juez de la Corte de Casación (véase *infra*, cap. VII).

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

A continuación se estudiarán los aspectos que de una manera más directa se vinculan con la aplicación de los artículos 132, numeral 4 del código procesal civil y 118 disp. correspondientes.

²¹⁵ Cfr. TRIBES, *op. cit.*, pp. 344 y ss.

²¹⁶ Cfr., por ejemplo, MANCINI-PISANELLI-SCIALOJA, *op. cit.*, II, p. 428. Sobre la orientación que prevalece en Francia hasta hace pocos años, cfr. CARRÈ, *op. cit.*, t. II, parte II, p. 258; BIOCHE-GOUJET, *op. cit.*, p. 547; GLASSON, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, 2a. ed., París, 1908, I, p. 597; MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, París, 1932, p. 586; CUCHE-VINCENT, *Précis de procédure civile et commerciale*, 12a ed., París, 1960, p. 393, y por último TRIBES, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

²¹⁷ A propósito, cfr. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, 11a ed., Turín, 1929, I, p. 490; *id.*, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, 3a. ed., Milán, s. D., IV, p. 95; RICCI, *Commento al codice di procedura civile italiano*, 8a. ed., Florencia, 1905, II, p. 371; MATTIROLLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, 5a. ed., Turín, 1904, IV, p. 68; CHIOVENDA, *Principi*, cit., p. 804.

²¹⁸ Cfr., por ejemplo, entre las decisiones más recientes, Cass. 15 de junio de 1973, n. 1753, *Massimario de Foro Italiano*, 1973, 508; Cass. 18 de abril de 1973, n. 1117, *ibidem*, 322; Cass. 26 de marzo de 1969, n. 966, en *Giust. Civ.*, 1969, I, 2118; Cass. 22 de enero de 1971, n. 137, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1971, véase cit., n. 92.

²¹⁹ Cfr. Cass. 24 de enero de 1966, n. 286, *Massimario de Giustizia Civile*, 1966, 90.

²²⁰ Cfr. Además de las decisiones citadas, n. 218, Cass. 16 de diciembre de 1971, n. 3666, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1971, véase cit., n. 94, Cass. 17 de enero de 1971, n. 743, en *Giustizia Civile*, 1971, I, 1080; Cass. 17 de mayo de 1969, n. 1686, *ibid.*, 1969, I, 1653.

²²¹ En este sentido, de hecho, Cass. 22 de enero de 1965, n. 116, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1965, véase cit., n. 57; Cass. 24 de mayo de 1962, n. 1212, *ibid.*, 1962, véase cit., n. 104; Cass. 11 de junio de 1958, n. 1950, *ibid.*, 1958, véase cit., n. 44.

²²² Cfr. Además de las decisiones citadas en las notas 218 y 220, Cass. 20 de diciembre de 1972, n. 3644, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1972, véase cit., n. 73; Cass. 16 de diciembre de 1971, n. 3666, cit.; Cass. 26 de junio de 1971, n. 2046, *ibid.*, 1971, véase cit., n. 90; Cass. 12 de junio de 1968, n. 2075, *ibid.*, 1968, véase cit., n. 68; Cass. 22 de enero de 1965, n. 116, cit.; Cass. 17 de abril de 1964, n. 919, en *Giustizia Civile*, 1964, I, 1363; Cass. _ de octubre de 1963, n. 2684, en *Foro Italiano*, 1963, I, 2088; Cass. 15 de mayo de 1962, n. 1028, en *Giustizia Civile*, 1962, I, 818; Cass. 22 de enero de 1958, n. 134, *ibid.*, 1958, I, 662; Cass. 2 de agosto de 1956, n. 3016, en *Dir. E giur.*, 1957, p. 262.

²²³ Cfr., por ejemplo, Cass. 5 de marzo de 1969, n. 700, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1969, véase cit., n. 74; Cass. 4 de diciembre de 1969, n. 3878, *ibid.*, 1970, véase cit., n. 38; Cass. 14 de marzo de 1968, n. 826, *ibid.*, 1968, véase cit., n. 69; Cass. 3 de mayo de 1969, n. 1471, en *Giustizia Civile*, 1970, I, 1301; Cass. 8 de enero de 1968, n. 24, *ibid.*, 1968, I, 403; Cass. 2 de agosto de 1962, n. 2314, *ibid.*, 1963, I, 580.

²²⁴ Desde el punto de vista de la función endoprocesal de la motivación, singularmente considerado, la motivación *per relationem* podría ser admitida incluso siguiendo los criterios menos restrictivos que indica la jurisprudencia, dado que las partes y el juez de la impugnación tendrían a su disposición los elementos ulteriores (sentencia de primer grado, motivos de apelación) necesarios para integrar y controlar de manera adecuada la motivación *per relationem*. Sin embargo, este discurso no vale desde el punto de vista de la función extraprocesal de la motivación —en particular si pensamos en la garantía

de control externo y amplio— porque lo adecuado de la motivación terminaría por no ser verificable desde el exterior, dada la ausencia de los elementos que son necesarios para integrar el discurso justificativo del juez de apelación. Desde esta perspectiva, los principios de plenitud que han sido tantas veces invocados y de “máxima discusión” de la motivación, implican que la misma *siempre* contenga los elementos en los que se funda la decisión, y toda la argumentación justificativa. Esto nos lleva a excluir la legitimidad de la motivación *per relationem* incluso en los límites más restringidos en los que la jurisprudencia dominante configura el fenómeno.

²²⁵ Algunos señalamientos en este sentido pueden encontrarse en algunas decisiones aisladas: *cfr.* Cass. 19 de septiembre de 1970, n. 1617, en *Foro Italiano*, 1971, I, 241; Cass. 22 de enero de 1971, n. 137, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1971, véase cit., n. 92.

²²⁶ Por lo que sabemos, la Corte de Casación se ha ocupado directamente del problema en un solo caso (véase Cass. 11 de diciembre de 1957, n. 4662, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1957, véase cit., n. 49), en el que se afirmó la validez de la motivación que consiste en el uso de máximas de la misma Corte, considerándose en esos casos los principios de derecho enunciados por las máximas.

²²⁷ Sobre las argumentaciones incorporadas *ad abundantiam* en la motivación, la jurisprudencia sigue el principio, en un inicio adecuado, por el cual, siempre que la decisión se motive de manera adecuada con otros argumentos, dichas argumentaciones no pueden revisarse desde el punto de vista de la legitimidad, y en todo caso, los errores y las ausencias que contienen no constituyen vicios de motivación (*cfr.* Cass. 13 de julio de 1973, n. 2036, en *Massimario de Foro Italiano*, 1973, 590; Cass. 28 de marzo de 1973, n. 862, *ibid.*, 1973, 249; Cass. 7 de abril de 1973, n. 988, *ibid.*, 1973, 284; Cass. 18 de julio de 1972, n. 2471, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1972, véase cit., n. 61; Cass. 29 de mayo de 1972, n. 1676, *ibid.*, 1972, véase cit., n. 62). Dicho principio hace que sea irrelevante la hipótesis considerada en el texto en los que remitir a los precedentes es un *quid pluris* respecto de la verdadera motivación.

²²⁸ Sobre los diferentes puntos señalados en el texto, relativos a la función de *obiter dictum* en el contexto de la motivación, véase ampliamente *supra*, cap. V, § 3, inciso g).

²²⁹ Precisamente en esta función, el llamado al precedente opera como *argumentum ex autoritate*, en particular si el precedente que se invoca es de la Corte de Casación y si forma parte de la jurisprudencia “consolidada” de la Corte, indicando que la misma ha utilizado determinadas afirmaciones de principio en función del *obiter dicta*. En ese caso, desde el punto de vista retórico, lo fundado del precedente es *in re ipsa* y proviene de la autoridad reconocida a la propia Corte. Es relativamente distinta la función tópica del uso de la jurisprudencia del mismo órgano, de un órgano del mismo nivel o de órganos inferiores, para los que resulta menos evidente la connotación de autoridad, que más bien sirve como testimonio de un consenso amplio sobre una determinada afirmación. En este caso, el fundamento retórico del precedente es la opinión dominante.

²³⁰ *Cfr. ante*, cap. IV, § 2, inciso c).

²³¹ Un problema posterior y en parte distinto del que se ha estudiado en el texto se refiere a la necesidad de que esta misma enunciación sea justificada. Por un lado, la tradicional regla según la cual no son necesarios los “motivos de los motivos” nos deja perplejos ante la exigencia de una motivación plena (y justamente TRIBES, *op. cit.*, p. 341, habla de esta situación como una fórmula humorística). Por el otro lado, afirmar que la obligación de motivación tiene su “límite natural” en la evidencia (*cfr.* Cass. 29 de mayo de 1972, n. 1705, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1972, véase cit., n. 51) no significa

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

establecer un criterio realmente operativo. Además, en la estructura lógica de la motivación es necesaria la que se ha llamado justificación de nivel II (véase *supra*, cap. V, § 3, inciso b), inherente a las premisas y criterios sobre los que se fundamenta la de nivel I.

Por lo que hace al uso tópico de los precedentes, puede sostenerse que el mismo constituye en sí una justificación suficiente cuando la afirmación que invoca el precedente provoca una *communis opinio* amplia e identificable. Por el contrario, es necesaria una justificación ulterior (siendo insuficiente el simple reclamo tópico) cuando el problema que se pretende resolver con dicha afirmación es controvertido, cuando los precedentes son contradictorios, cuando existe un conflicto entre doctrina y jurisprudencia, y así sucesivamente. En esos casos, de hecho, es claro que la existencia de otras decisiones en el mismo sentido no es suficiente para justificar la elección del juez, que debe motivarse críticamente con argumentaciones autónomas.

²³² Cfr. Para todos CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, cit., pp. 258 y ss., y recientemente MICHELI, *L'unità dell'ordinamento e il processo civile*, cit., pp. 441 y ss.

²³³ Basta con recordar el precedente de fenómeno conocido como "precedente inexistente" que proviene del hecho de que con frecuencia la *ratio decidendi* no es reproducida en la máxima de la decisión, sino enunciación del principio inherente *ad abundantiam*, que en ocasiones no tienen ninguna relación con el supuesto que se decide. En casos de ese tipo no se tiene siquiera una motivación indirecta por invocación (que, además, ya es ilegítima), sino una invocación a la "nada".

²³⁴ Cfr., por último, Cass. 6 de octubre de 1973, n. 2781, en *Massimario de Foro Italiano*, 1973, 781; Cass. 11 de julio de 1973, n. 1753, *ibid.*, 1973, 585; Cass. 16 de julio de 1973, n. 2062, *ibid.*, 1973, 591; Cass. 8 de octubre de 1973, n. 2534, *ibid.*, 1973, 727; Cass. 12 de marzo de 1973, n. 701, *ibid.*, 1973, 199; Cass. 22 de diciembre de 1972, n. 3663, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1972, véase cit., n. 49 (y otras máximas *ibidem*, en las nn. 40 y ss.); Cass. 30 de marzo de 1971, n. 931, *ibid.*, 1971, véase cit., n. 59 (y otras máximas *ibidem*, en las nn. 60 y ss.).

²³⁵ En este sentido, cfr., por ejemplo, Cass. 13 de abril de 1973, n. 1047, en *Massimario de Foro Italiano*, 1973, 303, en donde se especifica que la regla de la motivación implícita también vale cuando la motivación expresa ofrece certeza de que el juez tomó en cuenta, aunque sea implícitamente, todas las defensas y deducciones.

²³⁶ Cfr. Cass. 9 de noviembre de 1970, n. 2302, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1971, véase cit., n. 67; Cass. 23 de enero de 1967, n. 201, en *Giustizia Civile*, 1967, I, 493; Cass. 10 de octubre de 1968, n. 3207, *ibid.*, 1969, I, 1573.

²³⁷ Sobre el problema específico de la motivación sobre la valoración de las pruebas inciden, por un lado, las cuestiones relativas a la motivación implícita y, por el otro, las cuestiones más generales relativas a la motivación del juicio de hecho (véase *infra*, inciso d), cuyo examen es necesario para el punto indicado en el texto.

²³⁸ No tenemos constancia de que en la doctrina italiana se haya estudiado el problema del derecho de parte a la motivación desde la perspectiva de lo que debe contener la motivación misma. Para la doctrina alemana sobre este punto véase BRÜGGEMANN, *op. cit.*, pp. 152 y ss., en sentido favorable a la existencia de dicho derecho y, en sentido contrario GRUNSKY, *op. cit.*, p. 79.

²³⁹ Para las definiciones generales de los conceptos utilizados en el texto, DENTI, "L'eccezione nel processo civile", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, pp. 33 y ss.; COLESANTI, "Eccezione (*dir. Proc. Civ.*)", en *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1965, pp. 173 y ss.

²⁴⁰ *A fortiori*, el problema no se presenta cuando la impugnación realizada por una parte no consiste en una confutación argumentada de los asuntos del adversario, sino se basa en una mera negación de los mismos. En ese caso, faltan los argumentos que deben responder a la motivación, y por lo tanto ésta no puede limitarse a justificar la solución del juez.

²⁴¹ Sobre la definición de cuestión prejudicial en general y sobre las relaciones entre cuestión y prejudicial y cuestión principal véase *supra*, cap. V, § 3, n. 121 e *ivi* en el texto. En el párrafo citado se deduce el problema, en un cierto sentido inverso, respecto al que ahora ha sido considerado sobre sí, y bajo qué condiciones, la decisión de una cuestión prejudicial puede constituir la justificación de la decisión inherente a la cuestión principal, y se señala cómo es que en el plano de la estructura lógica de la decisión o existen relaciones de implicación entre solución de la cuestión prejudicial y decisión de la cuestión principal.

²⁴² Esta distinción no es identificada por la jurisprudencia, por ejemplo, Cass. 27 de octubre de 1972, n. 3321, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1972, véase cit., n. 72, reafirma el principio de la *motivación implícita*, haciendo notar que solamente cuando la cuestión (en la especie, de competencia) es prejudicial respecto a la cuestión principal, la *decisión* de esta última es un elemento determinante para identificar la *decisión* de la cuestión prejudicial. El análisis de las relaciones entre decisiones de cuestiones es exacta; lo que no se advierte es que no existe una relación equivalente de derivación entre las motivaciones correspondientes.

²⁴³ Bien vista, la *ratio* de fondo de ese derecho se encuentra vinculada de manera indirecta con la posición de las partes ante las cuestiones controvertidas, y se refiere a la exigencia general de que la motivación se adecue, a la “cuestión del litigio” más que a los alegatos de las partes (cfr. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, 2ª ed., Roma, 1938, p. 320). Además, esto no excluye la existencia de un derecho a la motivación que no se encuentre relacionado con los alegatos en sentido lato sino, precisamente, con las actividades defensivas que se traducen en la exigencia de una decisión sobre las cuestiones prejudiciales, formulada en el momento de precisar las conclusiones.

²⁴⁴ El llamado cuadrado de las oposiciones cfr. KNEALE-KNEALE, *Storia della logica*, trad. it., Turín, 1972, pp. 70, y ss.), que ya era conocido por la lógica clásica, demuestra que, en realidad, existe una serie de relaciones lógicas distintas entre proposiciones que el sentido común define genéricamente como “contrastantes” o “contrapuestas” de las cuales solo algunas equivalen a la incompatibilidad en sentido estricto.

²⁴⁵ En general sobre la estructura de la decisión como elección dentro de un campo de posibilidades diferentes, véase *supra*, cap. V, § 1, inciso c) y § 2, *passim*.

²⁴⁶ Por el contrario, no es necesario que el juez realice una confutación expresa y analítica de las alternativas que no retoma, ni siquiera cuando se trata de hipótesis proyectadas por una parte, salvo que ello involucre a la motivación de la decisión de una cuestión prejudicial.

²⁴⁷ Se trata, por otra parte, de una manifestación del principio de plenitud de la justificación, que impone en el nivel general la enunciación explícita de los criterios que sirve para que las elecciones del juez resulten racionalmente fundadas: al respecto véase *supra* en éste §, inciso a), y cap. V, § 3, inciso c).

²⁴⁸ Para menciones sobre las razones del fenómeno véase *supra* cap. IV, n. 32, y cap. V, § 3, inciso f).

²⁴⁹ En rigor, el problema se plantea con referencia a la motivación de la ordenanza con la que el juez instructor provee sobre la admisión de los medios de prueba deducidos

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

por las partes, y de la ordenanza con la que el colegio decide sobre el reclamo contemplado *ex* artículo 178, inciso dos, del código procesal civil, o en el caso de remisión instructora *ex* artículo 187, inciso cuatro, del código procesal civil. Esto surge en la sentencia, cuando una parte insiste sobre sus posiciones en las conclusiones establecidas para llegar a la decisión, y en consecuencia, la misma debe investir *ex novo* el punto inherente a la admisión de la prueba. En el texto, por simplicidad, se considera solamente esta hipótesis, pero las conclusiones alcanzadas con esa finalidad pueden extenderse con facilidad, *a fortiori*, a la motivación de la ordenanza de instrucción.

²⁵⁰ Cfr. entre las decisiones más recientes, Cass. 11 de julio de 1973, n. 2011, cit.; Cass. 12 de marzo de 1973, n. 701, cit.; Cass. 13 de abril de 1973, n. 1047, cit.; Cass. 13 de noviembre de 1970, n. 2381, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1971, véase cit., n. 103.

²⁵¹ Lo que se ha sostenido se refiere a los casos en los que el juicio negativo sobre la admisión de las pruebas haya sido formulado *in limite litis*, o como quiera que sea, en vía preliminar respecto al desarrollo de la instrucción y a la formulación de la convicción del juez sobre los hechos. En ese caso, la correcta motivación del juicio de irrelevancia no puede referirse a los resultados probatorios adquiridos *in sequito*, sino al estado de la controversia existente en el momento en el que se formula (sobre las variaciones, posibles en el transcurso del juicio, de los criterios con los que se mide la relevancia, *cfr.* TARUFFO, *Studi*, cit., pp. 44 y ss.). Es diferente la hipótesis en la que se excluye la prueba porque es irrelevante con relación a la convicción que el juez se haya formado (*ex actis*, o bien con base en las pruebas preconstituidas que ya han sido asumidas): en ese caso, el juicio de irrelevancia puede justificarse sobre la base del convencimiento, pero son necesarios requisitos particulares. Las situación es idéntica a aquella en la que se trata del rechazo de pruebas previamente admitidas, véase, *infra* punto 2.

²⁵² Véase ante, § 4, inciso b) *in fine*.

²⁵³ Sobre este punto, véanse las amplias referencias en TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 68.

²⁵⁴ También si el aspecto de mayor importancia de la garantía bajo análisis se manifiesta con relación a las partes (como *pendant* del derecho de prueba), en particular por lo que hace a la controlabilidad de la decisión en virtud de la impugnación, no debe descuidarse que la misma tiene importancia también desde el punto de vista de la función extraprocesal de la motivación. De hecho, el principio de la controlabilidad externa y amplia de la decisión (véase ante, § 4, inciso c) implica que pueda verificarse la corrección racional de todos los elementos determinantes para la decisión, y por lo mismo también de aquellos que habrían podido determinarla en un sentido diferente o contrario. En sustancia, el juicio de hecho se encuentra fundado y puede verificarse cuando se pueden conocer todas las razones por las cuales se formuló en un cierto sentido y no en sentido contrario; viceversa, si el juez omite el tema de la inadmisibilidad de una prueba, queda sin control un elemento que podría haber sido decisivo, y por lo mismo el fundamento del juicio de hecho no es globalmente verificable. En particular, no puede verificarse si la certificación proviene de una valoración dialéctica de elementos cognitivos contrapuestos, o si es el fruto de un preconceito unilateral del juez.

²⁵⁵ Cfr. Cass. 15 de diciembre de 1972, n. 3621, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1972, véase cit., n. 53; Cass. 30 de diciembre de 1964, n. 2981, *ibid.*, 1964, véase cit., n. 64; Cass. 9 de diciembre de 1958, n. 3854, *ibid.*, 1958, véase cit., n. 89 (en donde el principio se encuentra limitado, en referencia al artículo 360, numeral 5, del código procesal civil, a la exclusión de medios de prueba referidos a "puntos decisivos" de la controversia).

²⁵⁶ Entre otras muchas decisiones, además de las que ya han sido citadas en la n. 250, Cass. 12 de octubre de 1970, n. 1949, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1971, véase

Proba civile, n. 44; Cass. 20 de septiembre de 1971, n. 2612, *ibid.*, 1971, véase cit., n. 35; Cass. 24 de octubre de 1970 n. 2141, en *Giurisprudenza italiana*, 1971, I, 717; Cass. 16 de octubre de 1970, n. 2056, en *Giustizia Civile*, 1970, I, 1758; Cass. 26 de septiembre de 1969, n. 3135, *ibid.*, 1970, I, 48; Cass. 12 de noviembre de 1968, n. 3727, en *Foro Italiano*, 1969, I, 1250; Cass. 30 de enero de 1967, n. 251, *ibid.*, 1967, I, 744; Cass. 15 de marzo de 1966, n. 735, en *Giurisprudenza italiana*, 1967, I, 1, 822.

²⁵⁷ Sobre el argumento, TARUFFO, *op. ult. cit.*, pp. 73 y ss.; *id.*, *Prove atipiche*, cit., pp. 428 y ss.; LASERRA, “Critica delle cosiddette ‘prove innominate’”, en *Giurisprudenza Italiana*, 1960, I, 1, 840.

²⁵⁸ Se afirma que no existe obligación de motivación sobre la exclusión de la prueba si la convicción diferente del juez resulta “segura”. Cass. 13 de octubre de 1970, n. 1996, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1971, véase *Proba civile*, n. 45; Cass. 30 de marzo de 1971, n. 910, *ibid.*, n. 48; Cass. 16 de octubre de 1970, n. 2056, cit.

²⁵⁹ La jurisprudencia considera de manera pacífica que *en todo caso* la enunciación del convencimiento diverso del juez representa una adecuada motivación implícita de la falta de aceptación de la prueba: *cfr.*, por ejemplo, Cass. 21 de julio de 1971, n. 2392, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1971, véase *Proba civile*, n. 54; Cass. 8 de mayo de 1971, n. 1307, *ibid.*, n. 51; Cass. 15 de enero de 1970, n. 87, *ibid.*, 1970, véase cit., n. 14 bis; Cass. 26 de septiembre de 1969, n. 3135, cit.; Cass. 6 de diciembre de 1969, n. 3917, en *Giustizia Civile*, 1970, I, 1669.

²⁶⁰ En sentido crítico respecto de esta manera de concebir el convencimiento, más legado al viejo concepto de certeza moral y a la relatividad de la conciencia indirecta de los hechos, *cfr.* TARUFFO, *Studi*, cit., p. 75.

²⁶¹ La situación de contraste entre las circunstancias que la parte pretende probar y la convicción del juez (ya sea que se trate de demostrar hechos falsos que el juez considera verdaderos o, viceversa, ya sea que se trate de aportar la llamada prueba contraria indirecta), debe valorarse en una perspectiva opuesta a la que adopta la jurisprudencia. La misma, de hecho, parte del presupuesto de que en esa situación el valor de la prueba que se trata de asumir disminuye, o de plano desaparece, ante la convicción contraria del juez (el cual, en sentido contrario, viene sobrevalorado), de donde emana la escasa o nula atención que se le da al requisito de la motivación. Por el contrario, la visión dialéctica de la certificación de los hechos en contradictorio (más coherente con el principio *auditar et altera pars*), impone considerar a la prueba mayor importancia cuando contrasta con una opinión anterior, y esta tanto menos segura —y, por tanto, más necesitada de verificación ulterior, eventualmente *a contrario*— en la medida en la que existe una posibilidad de demostrar su error. En el plano de la admisión de la prueba, esto implica el deber del juez de asumir la prueba contraria a su convicción anterior y de valorarla sin preconcepciones, especialmente si los resultados de la misma pueden poner en crisis a la convicción. En el plano de la motivación, tenemos que el juez tiene una carga particularmente intensa de justificación de la decisión con la que se excluye la aceptación de una prueba relevante.

²⁶² En el plano teórico, la conexión entre la exigencia de la justificación y la configuración del juicio como conjunto orgánico de elecciones discrecionales, proviene del modelo complejo del razonamiento judicial (al respecto véase *supra*, cap. V). En el plano jurídico político, de donde proviene de una manera evidente la función garantista de la motivación (véase *supra*, § 4), la conexión se precisa ulteriormente, en la medida en la que subsiste la exigencia de contar con una justificación adecuada para la decisión; sobre todo cuando la génesis de la decisión misma se ubica en el

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

ámbito de la valoración discrecional del juez: la motivación como instrumento de control representa de hecho la garantía fundamental contra la degeneración de la discrecionalidad en arbitrio.

Estas consideraciones valen *a fortiori* para el juicio de hecho, precisamente en la medida en la que se encuentra dominado por el principio de la libre valoración de la prueba, porque el área de juicio no regulada o predeterminada por normas es mucho más amplia, tanto en relación con la *quaestio juris*, como en relación con los sistemas probatorios inspirados por el principio de la prueba legal. Entonces, si por un lado adquiere particular importancia (jurídica-política, además de teórica) la racionalización de la formación del juicio de hecho, el problema de la justificación racional de la convicción del juez sobre los hechos, resulta igualmente decisivo. Esto especialmente desde el punto de vista del control interno y externo del proceso.

²⁶³ La demostración puntual de lo que se afirma en el texto exigiría un análisis extenso de la jurisprudencia que no puede realizarse en este espacio. Para un mejor desarrollo del problema me permito remitir a TARUFFO, *Prove atipiche*, cit.; *id.*, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, cit.

²⁶⁴ Ver referencias en la nota precedente.

²⁶⁵ Tal afirmación se desprende también de una posición muy difundida, con relación al poder discrecional del juez para elegir las pruebas decisivas dentro del material probatorio adquirido en el juicio, cuyo ejercicio escapa al control de la Casación si se motiva congruentemente (*cfr.* Cass. 15 de diciembre de 1972, n. 3621, cit.; Cass. 18 de abril de 1972, n. 1244, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1972, véase *Sentenza civile*, n. 54; Cass. 7 de enero de 1972, n. 32, *ibid.*, n. 55, y otras decisiones en el mismo sentido). En realidad esta afirmación también resulta discutible porque la garantía de la motivación tiende a ser ficticia: *cfr.*, por ejemplo, Cass. 23 de octubre de 1971, n. 2985, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1971, véase cit., n. 55, en donde se afirma que el juez debe rendir cuentas, mediante una motivación congruente, de su decisión, aunque se admite que la motivación pueda ser implícita.

²⁶⁶ *Cfr.*, por ejemplo, Cass. 12 de mayo de 1973, n. 1298, en *Massimario de Foro Italiano*, 1973, 370; Cass. 11 de julio de 1973, n. 2011, cit.; Cass. 12 de marzo de 1973, n. 701, cit.; Cass. 19 de enero de 1973, n. 209, en *Massimario de Foro Italiano*, 1973, 53; Cass. 21 de junio de 1972, n. 1997, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1972, véase *Sentenza civile*, n. 38; Cass. 17 de marzo de 1972, n. 804, *ibid.*, n. 48; Cass. 7 de enero de 1972, n. 32, cit.; Cass. 21 de julio de 1971, n. 2382, en *Giustizia Civile*, 1972, I, 150; Cass. 1 de noviembre de 1970, n. 2343, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1971, véase cit., n. 57, y *ibid.*, en los números sucesivos otras decisiones análogas.

²⁶⁷ Solamente en algunas decisiones aisladas se hace referencia al principio que analizamos con la finalidad de censurar decisiones en las que el juez no demostró que valoró globalmente todas las fuentes de prueba disponibles: *cfr.* Cass. 29 de octubre de 1973, n. 2822, cit.; Cass. 11 de marzo de 1966, n. 694, cit.

²⁶⁸ También sobre este punto solamente existen algunas decisiones aisladas que optan por el criterio más restrictivo y exigen que la motivación permita controlar el *iter* lógico del juicio de hecho: *cfr.* Cass. 9 de marzo de 1973, n. 635, cit.; Cass. 13 de diciembre de 1971, n. 3622, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1971, véase *Sentenza civile*, n. 54.

²⁶⁹ *Cfr.*, por ejemplo, Cass. 11 de julio de 1973, n. 2011, cit.; Cass. 12 de marzo de 1973, n. 701, cit.; Cass. 7 de enero de 1972, n. 32, cit.

²⁷⁰ *Cfr.* Cass. 12 de marzo de 1973, n. 701, cit.; Cass. 17 de marzo de 1972, n. 804, cit.

²⁷¹ Véase *supra*, cap. V, § 2, inciso c).

²⁷² Para la hipótesis en la que es más evidente la naturaleza inferencial de la verificación, es decir, cuando ésta proviene de presunciones simples, la jurisprudencia ha considerado que es suficiente con indicar los indicios en los que se funda dicha presunción, sin exigir la exposición del razonamiento (*cfr.*, por ejemplo, Cass. 23 de octubre de 1970, n. 2122; 12 de junio de 1971, n. 1787; Cass. 8 de octubre de 1970, n. 1882; Cass. 20 de septiembre de 1971, n. 2612; Cass. 9 de noviembre de 1970, n. 2303, todos en *Repertorio del Foro Italiano*, 1971, véase *Sentenza civile*, nn. 63-68; Cass. 4 de marzo de 1970, n. 512, *ibid.*, 1970, véase *cit.*, n. 51). En esta materia vale lo contrario, es decir, que la presunción simple es atendible cuando la regla de inferencia en la que se fundamenta le da ese carácter, porque el problema de fondo se refiere a los criterios con los que el juez realiza la interpretación y valora los indicios (*cfr.* TARUFFO, *Certezza e probabilità*, *cit.*, n. 22 e *ivi* en el texto). Por lo que hace a la motivación de la verificación presuntiva, enfrentamos un problema similar, en el sentido de que la indicación de los indicios que sirven como fuente para la presunción no permite controlar la validez de las consecuencias que el juez derivó, a menos que se indiquen los criterios que sustentan la conexión entre las premisas y las conclusiones.

²⁷³ Ese resultado, que equivale a declarar ilimitada la discrecionalidad del juez para determinar la existencia de los hechos, corresponde con la ausencia del principio de libre convencimiento. En verdad, se trata de dos caras del mismo problema, porque por una parte la racionalización de ese principio a cargo de la jurisprudencia debería realizarse cuando se controla la motivación y, por la otra, es evidente que la toma de posición en materia de motivación depende de la manera en la que se configura la estructura racional del razonamiento del juez.

Entonces, es posible observar que la actitud global de la jurisprudencia ante estos problemas no es incoherente porque la tendencia a liberar a los jueces de las reglas del conocimiento extranormativo y, por lo mismo, a obstaculizar la verificación efectiva de su aplicación es una constante de los puntos que se analizan.

²⁷⁴ Sobre la definición de estos elementos en el contexto de la decisión véase *supra*, cap. V, § 2, *inciso e*), y § 3, *inciso a*).

²⁷⁵ Sobre la estructura de la justificación definida como de nivel II, que consiste en el conjunto de las justificaciones inherentes a cada uno de los “momentos” de la decisión véase *supra*, cap. V, § 3, *inciso b*).

²⁷⁶ Para un análisis más amplio del concepto de “motivación omisa” véase *infra*, cap. VII.

²⁷⁷ Sobre la necesidad de enunciar las reglas de elección (en función de *rules of justification*) *cfr.*, en general, *supra*, cap. V, § 3, *inciso c*).

²⁷⁸ Sobre el concepto de “motivación insuficiente” véase *infra*, cap. VII.

²⁷⁹ *Cfr.* cap. IV, § 1.

²⁸⁰ *Cfr.* cap. IV, § 3, *inciso c*).

²⁸¹ *Cfr.*, por ejemplo, ACAMPORA-TORRENTE, “Ancora sulla crisi della Cassazione”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1953, p. 144, en donde se critica de una manera superficial la excesiva extensión de las sentencias y se propone como remedio simplemente el regreso al estilo de los “arrestos” franceses.

²⁸² Aunque no se encuentre expresamente prevista la nulidad por defecto de motivación proviene directamente tanto del artículo 360, numeral 5, como de la conexión entre el “debe” primer párrafo del artículo 132 y la referencia a la nulidad de la sentencia relacionada con el artículo 161 como, por último, del artículo 111 inciso uno de la Constitución. El problema estaba explícitamente resuelto por el artículo 361 numeral 2 del código procesal civil de 1865 en el que se declaraba nula la sentencia carente de

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

motivos, en analogía con el artículo 141 del código procesal civil francés (que se integró por el artículo 7 de la ley del 20 de abril de 1810).

La opinión dominante, independientemente del dictado literal de las normas bajo análisis, ha sido constante en el sentido de considerar nula la sentencia que carece de motivación. Sobre el código procesal civil sardo, en el que falta una previsión expresa *cfr.* MANCINI-PISANELLI-SCIALOJA, *Commentario*, cit., II, pp. 424 y 436. En el Cod. Proc. Civ. de 1865 *cfr.* RICCI, *Commento*, cit., II, pp. 306 y ss.; MATTIROLO, *Trattato*, cit., IV, pp. 64 y ss.; MORTARA, *Commentario*, cit., IV, p. 100; CHIOVENDA, *Principi*, cit., p. 804; CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, p. 319. Sobre el código vigente *cfr.* para todos LANCELLOTTI, *Sentenza civile*, cit., p. 1119; TORRENTE, *op. cit.*, p. 396; CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., II, p. 175; ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, Turín, 1957, III, p. 369; REDENTI, *Diritto processuale civile*, 2a ed., reimp. Milán, 1957, II, p. 445. Destaca el SATTA, *Diritto processuale civile*, 7a ed., Padua, 1967, p. 182, que los requisitos del artículo 132 no se encuentran prescritos so pena de nulidad (pero véase *id.*, *Commentario*, cit., I, p. 500, sobre la nulidad de la sentencia que carece totalmente de motivación). (Véase además la nota siguiente.)

²⁸³ El problema de mayor relevancia surgió a propósito de la tesis según la cual, en ausencia de una prescripción expresa el efecto del vicio de motivación se establecería *ex* artículo 156, inciso dos, del código procesal civil, es decir, en atención a la eventual falta de idoneidad del acto para alcanzar su fin (*cfr.*, por ejemplo, DENTI, *L'interpretazione della sentenza civile*, cit., p. 36, y también otras indicaciones.) Al respecto debe observarse que, si se trata de un criterio abstractamente correcto, en concreto el mismo no desplaza los términos del problema planteado en el texto. De hecho, si se refiere al defecto formal de motivación, es decir, en la terminología carnелutiana, a la "ausencia de las palabras que expresan los motivos" (*cfr.* CARNELUTTI, "Appunti sulla motivazione", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1951, II, p. 88), la idoneidad del acto para alcanzar su fin siempre es *in re ipsa*, y por lo tanto el criterio que analizamos no tiene una eficacia discriminadora. Si en cambio nos referimos al defecto sustancial, o sea, a la ausencia de una justificación real de la decisión (a su vez relevante dado que el artículo 132 numeral 4 prescribe un requisito de forma-contenido) la conclusión no cambia, porque también ante un defecto sustancial de la motivación no es posible considerar que el acto se cumplió (sobre la evolución desde el primero hacia el segundo concepto de vicio de la motivación, que ya estaba presente en el código de 1865, *cfr.*, en general, CALAMANDREI, *Cassazione civile*, cit., II, pp. 371 y s.).

Evidentemente todo depende de lo que se entiende por finalidad al acto: si el fin de la sentencia se define como enunciación de la decisión, la existencia de la motivación no surge (pero entonces tampoco surge su defecto formal); si en cambio el fin es enunciar una decisión racionalmente justificada, el defecto de motivación sí incide en el mismo (pero entonces surge también el defecto sustancial). La validez de la segunda definición proviene, además, tanto de las funciones de la motivación (al respecto ver *supra* los párrafos 3 y 4) como del hecho de que es un connotado estructural de la decisión jurisdiccional (ver *infra* en el texto *inciso a*).

²⁸⁴ *Cfr.* LANCELLOTTI, *op. cit.*, p. 1118; TORRENTE, *op. cit.*, p. 394; DENTI, *op. ult. cit.*, p. 36; CARNELUTTI, *Falsa motivazione*, cit., pp. 355 y ss.

²⁸⁵ Para la demostración de esta distinción véase, en particular, *supra*, cap. III, § 2.

²⁸⁶ Sobre la distinción entre documentación y acto documentado a propósito de la motivación véase, en particular, CARNELUTTI, *Falsa motivazione*, cit., p. 357; también SATTA, *Commentario*, cit., I, p. 500.

²⁸⁷ Esto se desprende, en línea general, del carácter de “cerrazón” de la motivación y del consiguiente predominio del canon contextual en su interpretación: sobre el argumento *supra*, cap. I, § 3 y cap. III, § 1.

²⁸⁸ Dicha concepción se encuentra principalmente en BETTI (*cfr. Interpretazione della legge*, cit., p. 359), quien sostiene, siguiendo la opinión más compartida que la motivación representa el *iter* lógico de la decisión y no coordina este problema con el significado que se atribuye al principio constitucional.

²⁸⁹ Sobre este principio véase *supra*, § 4.

²⁹⁰ En ese sentido véase alguna referencia en SATTA, *op. e loc. ult. cit.*, y en COLESANTI, *Entscheidungsbeurteilung*, cit., pp. 372 y 378.

²⁹¹ Sobre la definición de la sentencia exclusivamente como una manifestación de voluntad *cfr.* LANCELLOTTI, *op. cit.*, pp. 1128 y ss.; FAZZALARI, *La giurisprudizione volontaria*, Padua, 1953, pp. 136 y ss.; TORRENTE, *op. cit.*, p. 393.

²⁹² El análisis histórico y comparado del problema (véase *passim* en §§ 1 y 2 del capítulo anterior) confirma que la tendencia dominante en los diferentes ordenamientos es la de no asociar la obligación de motivación con el concepto general de jurisdicción. Esto vale *a fortiori* para los ordenamientos en los que la motivación no es obligatoria o existen formas de obligación más o menos limitadas, pero también vale para aquellos casos en los que, aunque exista una obligación general de motivación en la normatividad ordinaria, ésta no se encuentra formulada en la constitución o en el nivel de la *natural justice*.

²⁹³ La heterogeneidad de las soluciones que encontramos en el plano histórico y comparado (ver nota anterior) no demuestra la validez exclusiva de las concepciones que, queriendo ser universales, resultan necesariamente reductivas ante las situaciones normativas concretas. Dicha heterogeneidad demuestra la necesidad de adaptar el concepto de jurisdicción, relativizándolo, en virtud de los datos normativos y del cuadro ideológico relacionado con los ordenamientos concretos. Por otra parte, es necesario manifestar una fuerte desconfianza hacia las definiciones “absolutas”, sobre todo cuando constatamos que éstas son relativas a las perspectivas culturales y políticas y a las opciones ideológicas además que a las jurídicas, de quienes las formulan y las utilizan (ver al respecto el ilustrativo análisis de los modos de uso corriente del término *iurisdictio* en la estructura política del ordenamiento medieval desarrollada por COSTA, Pietro, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, Milán, 1969, pp. 95 y ss.).

²⁹⁴ Por lo que hace a la historia reciente de nuestro ordenamiento, se plantea una alternativa precisa: o se mantiene la concepción voluntarista de la jurisdicción, tratando al artículo 1, inciso 1, de la Constitución *tamquam non esset*, o se considera que la norma expresa un principio fundamental del ordenamiento, que incide en el concepto de jurisdicción que se identifica en el mismo, y entonces es necesario reconocer que la entrada en vigor de la norma, ha modificado de una manera radical los términos en los que se plantea el problema de la jurisdicción. La segunda alternativa parece oponerse a una norma vigente, por el valor político que asume la misma en la concepción moderna del estado democrático de derecho; la primera, típica de una actitud antihistórica (e ideológicamente “calificada”) implica considerar irrelevantes los principios constitucionales respecto de los dogmas formulados por el arreglo político y normativo anterior a la Constitución.

²⁹⁵ Vale la pena recordar que esa tendencia se consolida en la doctrina italiana de los primeros años del siglo, como un reflejo de las tesis sostenidas en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX por Savigny, en referencia al problema específico de los límites objetivos de lo que se juzga. En ese contexto, la distinción razón/voluntad sirve

▪ La obligación de motivación de la sentencia civil ▪

para la crítica de los excesos logísticos que se verificaron en la doctrina del derecho común, y también a excluir lo juzgado sobre las *quaestiones* (cfr., a propósito, CHIOVENDA, “Sulla cosa giudicata”, en *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1931, II, pp. 402 y ss.; *id.*, *L’azione nel sistema dei diritti*, *ibid.*, I, p. 91, y una referencia en los *Principi*, cit., p. 802; MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Viena, 1904, pp. 27 y ss.). La transposición de esa distinción, formulada con otros fines y más limitada, sobre el plano de la definición del concepto general de jurisdicción, proviene de una operación cultural que suscita muchas perplejidades y que debe analizarse a fondo. En todo caso, la misma se ha convertido en un *topos* dogmático utilizable para los fines más variados, entre los que se encuentra la identificación del núcleo de la jurisdicción en la autoridad del “comando” judicial, y no en el fundamento racional de la decisión.

²⁹⁶ En verdad, quienes afirman la tesis sostenida en el texto, no niegan que la decisión provenga de un juicio racional y cognitivo: simplemente, considera irrelevante este aspecto del fenómeno (cfr., por ejemplo, FAZZALARI, *op. ult. cit.*, p. 137). A parte del hecho de que el problema es principalmente definitorio (de tal forma que las soluciones cambian con el cambio de lo que indica el término “decisión”), lo que se afirma en el texto implica que la decisión no se considere como un *dictum* atrapado en el contexto del juicio, sino como un acto que tiene sentido considerar a la luz de sus nexos funcionales en la estructura compleja de juicio globalmente entendido, y que destaca en tanto resultado de una actividad racionalista. En sustancia, lo que importa desde este punto de vista no es el hecho de que el juez haya emitido una “orden” sino el fundamento jurídico y racional que la orden “contiene”.

²⁹⁷ Basta con pensar en la decisión de las cuestiones prejudiciales para tener el ejemplo de una *tranche* de motivación estructuralmente no diferente de las decisión final sobre la pregunta, en la que surge la misma mezcla de elementos lógicos, jurídicos, y “de voluntad” que la caracterizan. La distinción entre solución de cuestiones y decisiones sobre la pregunta no es estructural o inherente a la “naturaleza de la cosa”, ni lo que, eventualmente, opera en el nivel de los diferentes efectos a los que las “decisiones” presiden desde el perfil de los límites objetivos de lo juzgado.

²⁹⁸ Para referencias bibliográficas al respecto, véase nn. 282 y 283.

²⁹⁹ Cfr., por ejemplo, Cass. 20 de noviembre de 1950, cit.; TORRENTE, *op. cit.*, pp. 393 y ss.

³⁰⁰ Véase *supra*, § 4.

³⁰¹ En general sobre el concepto de inexistencia, cfr. CHIOVENDA, *Principi*, cit., p. 898; CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, pp. 513 y ss.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 2ª ed., Milán, 1957, I, p. 222. En particular sobre el concepto de inexistencia en la sentencia, pero sin referencias a la hipótesis de la motivación ausente, cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, pp. 284 y ss.; DENTI, “Inesistenza degli atti processuali civili”, en *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, Turín, 1962, pp. 637 y ss.

³⁰² En este sentido, véanse los señalamientos de SATTA, *Commentario*, cit., I, p. 500 y ANDRIOLI, *Inesistenza della sentenza e difetto della motivazione*, cit., c. 554. Expresamente en sentido contrario, cfr. TORRENTE, *op. cit.*, p. 396.

³⁰³ Señala el SATTA, *op. e loc. ult. cit.*, que considerar inexistente —y por lo tanto imgnable con una *actio nullitatis* autónoma— la sentencia que carece de motivación, puede obstar la aceptación de las partes, implícita en no haber impugnado la sentencia sobre el punto. El señalamiento es correcto desde el punto de vista de la función endoprocesal de la motivación, pero desde el punto de vista de la función extraprocesal, que no puede reducirse al ámbito del interés de parte a la impugnación con medios

ordinarios: esa función no puede considerarse cumplida por el hecho de que las partes hayan aceptado la sentencia privada de motivación.

³⁰⁴ Sobre las funciones de la legitimidad para impugnar las sentencias en materia electoral, *cfr.* BORGHESI, “Diritto soggettivo e azione popolare nella legge 23 dicembre 1966 n. 1147”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, pp. 46 y ss. Cuando un régimen como éste se extendiera a las diferentes hipótesis de acción pública, el control sobre la sentencia por parte del grupo social interesado podría considerarse no solamente como un control indirecto por parte del ambiente social, sino como un control directo mediante una acción judicial (impugnación o *actio nullitatis* autónoma) orientada a hacer válido el vicio radical de motivación.

³⁰⁵ Puede aplicarse la definición general de inexistencia de la resolución decisoria como ausencia del mínimo necesario para que se haya ejercido el poder jurisdiccional (al respecto véase DENTI, *Inesistenza degli atti processuali civili*, cit., p. 637), siempre y cuando también se considere la presencia de un “mínimo” de motivación necesario para que la sentencia pueda considerarse un acto jurisdiccional.

³⁰⁶ Sobre la definición del defecto “formal” de motivación, *cfr.* CARNELUTTI, *Appunti sulla motivazione*, cit., p. 88, quien subraya que, cuando no existe una ausencia formal, pero se presentan vicios lógicos particularmente graves, la motivación debe considerarse inexistente (*ibid.*, p. 89).

³⁰⁷ Al respecto, *cfr.* la obra de ESCOBEDO, *Le sentenze suicide*, Milán, 1942, y CALAMANDREI, “Sentenze sintomatiche”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1941, I, pp. 358 y ss.

³⁰⁸ *Cfr.* cap. V, § 3, inciso a)-c).

³⁰⁹ Véase *passim* en § 3 del cap. V.

³¹⁰ En esta categoría se ubican las hipótesis desarrolladas por ANDRIOLI, *op. e loc. ult. cit.*, de falta de identificación, por parte del juez, de la norma de la que proviene la decisión del caso o del caso concreto que se deduce en el juicio.

³¹¹ En general sobre esta clase de vicio *cfr.* CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, p. 89.

³¹² Esta hipótesis fue identificada por CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, p. 341, que ha identificado un caso de desviación del poder que produce la inexistencia de la motivación.

³¹³ Se trata, en sustancia, de la hipótesis de motivación ficticia, al respecto véase *infra*, cap. VII, § 3 inciso b).

³¹⁴ Los vicios relacionados con la categoría de nulidad no inciden sobre la posibilidad de verificar, controlar, el fundamento de la decisión; es más, la motivación se define como omitida, insuficiente o contradictoria precisamente en el ámbito del control (lo que presupone que la motivación pueda ser objeto de una verificación). Por el contrario, la ausencia de motivación opera en el sentido de obstaculizar la posibilidad de verificación misma, en la medida en la que equivale a la falta de expresión de los elementos que ofrecen el contexto justificativo para que la verificación pueda realizarse. La distinción es más clara desde el punto de vista del observador externo, que observa que la función extraprocesal de la motivación se desarrolla de manera autónoma: la insuficiencia o lo inapropiado de la motivación pueden representar el *resultado* del control, o sea, el contenido del juicio sobre el fundamento racional de la decisión; la ausencia de motivación es, en cambio, una condición lógicamente anterior al control mismo y lo hace imposible.

Esta obra se terminó de imprimir en noviembre de 2006
en la Coordinación de Documentación y Apoyo Técnico
del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
Carlota Armero 5000, Col. CTM Culhuacán, CP 04480,
Del. Coyoacán, México, DF

Su tiraje fue de 1000 ejemplares