



María Cristina Redondo

José María Sauca

Perfecto Andrés Ibáñez

*Estado de Derecho y decisiones  
judiciales*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID



**Presidente**

Ernesto Garzón Valdés

**Secretario**

Antonio Pau

**Secretario Adjunto**

Ricardo García Manrique

**Patronos**

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Juan José Pretel

Carmen Tomás y Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

**Gerente**

M<sup>a</sup> Isabel de la Iglesia

*Estado de Derecho y decisiones  
judiciales*



María Cristina Redondo

José María Sauca

Perfecto Andrés Ibáñez

*Estado de Derecho y decisiones  
judiciales*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

© 2009 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© María Cristina Redondo, José María Sauca y Perfecto Andrés Ibáñez

I.S.B.N. : 978-84-613-6892-1

Depósito Legal: M-50885-2009

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

## ÍNDICE

SOBRE PRINCIPIOS Y ESTADO DE DERECHO ( <i>María Cristina Redondo</i> ) .....	9
COGNOSCITIVISMO Y RULE OF LAW: En torno a los límites del formalismo ( <i>José María Sauca</i> ) ...	41
a) Identificación entre <i>Rule of Law</i> y Estado de Derecho ...	42
b) Bosquejo de un mapa ético- conceptual de las teorías sobre el Estado de Derecho ....	48
c) Defensa del carácter inde- rrotable de las (genuinas) normas constitucionales .....	53



<p><b>SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA JUDICIAL</b> <i>(María Cristina Redondo)</i> .....</p>	63
<p>1. Introducción .....</p>	63
<p>2. El paradigma cognitivista del proceso judicial .....</p>	66
<p>3. El riesgo de error en la iden- tificación del Derecho .....</p>	73
<p>4. El contenido normativo de las disposiciones jurídicas ...</p>	80
<p>5. Sobre la necesidad de un acto de justificación racional .....</p>	89
<p>6. La aceptación de las reglas de justificación .....</p>	96
<p><b>JUSTIFICACIÓN DE LAS DECI- SIONES JUDICIALES: UNA APROXIMACIÓN TEÓRICO- PRÁCTICA</b> <i>(Perfecto Andrés Ibáñez)</i> .....</p>	101

# SOBRE PRINCIPIOS Y ESTADO DE DERECHO

*María Cristina REDONDO*

I. Es plausible sostener que los sistemas jurídicos, tal como los entendemos contemporáneamente, constituyen en alguna medida ejemplos de *rule of law*. En tal sentido, parece admisible pensar que mediante una mayor comprensión de este concepto podremos obtener una mayor comprensión de las características de nuestros actuales ordenamientos jurídicos. Sin embargo, y desafortunadamente, es también evidente que entre los juristas existe una profunda discrepancia acerca de aquello en lo que consiste la idea de *rule of law* y, por lo tanto, acerca de las características que supuestamente todo Derecho tiene en virtud de ser un ejemplo de este concepto.

En la primera parte de este trabajo me propongo trazar una suerte de mapa de distintas concepciones de *rule of law*. No me detendré a analizar pormenorizadamente ninguna de estas concepciones, ya que mi intención es sólo subrayar cuáles son los aspectos relevan-

tes del concepto de *rule of law* conforme a cada una de ellas.

1. Una concepción verdaderamente mínima de la idea de *rule of law* es la que sostiene, por ejemplo, Riccardo Guastini. Para este autor, la expresión “*rule of law*” alude a aquel principio según el cual todo acto estatal, cualquiera él sea, debe estar sujeto al propio Derecho. Es decir, a las reglas jurídicas que lo reglamentan<sup>1</sup>. Conforme a esta posición, en primer lugar, el principio de *rule of law* es parte esencial de todo Derecho y, en tal sentido, es un principio estrictamente jurídico. En segundo lugar, es un principio exclusivamente formal: nada dice sobre el contenido del Derecho. En tercer lugar, es un principio que, por sí mismo, no tiene ninguna consecuencia práctica. Para que la tenga es preciso, por una parte, que efectivamente existan reglas que regulen los actos estatales, es decir, que establezcan las condiciones procedimentales o sustanciales para que dichos actos sean válidos. Y, por otra parte, que existan efectivamente órganos que controlen el respeto a dichas reglas.

---

<sup>1</sup> “By ‘rule of law’ we shall understand the principle according to which any state act whatsoever should be subject to the law.” Cf. Riccardo Guastini “Implementing the Rule of Law”, *Analisi e diritto 2001*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, págs. 95-103, 2002.

Es claro que para esta concepción el principio de *rule of law* no es un principio de carácter ético. La idea de que los actos estatales deben conformarse o respetar ciertas reglas no es una exigencia moral, sino una exigencia jurídico-conceptual. El acto de una pretendida autoridad estatal que no respeta las reglas jurídicas que lo gobiernan sencillamente no será un acto jurídico de una autoridad estatal. Asimismo, visto que la satisfacción de este principio es compatible con que el Derecho tenga cualquier tipo de contenido, tal satisfacción no confiere valor alguno a las normas del sistema jurídico. En resumen, conforme a esta perspectiva, la noción de *rule of law* tiene dos características dignas de relieve. En primer lugar, está conceptualmente ligada a la noción de Derecho, y en segundo lugar, es un concepto neutral, no alude a ningún tipo de virtud o valor.

Esta propuesta tiene interés justamente porque invita a pensar sobre si el concepto de *rule of law* hace o no referencia a algún tipo de virtud, ideal o valor. La respuesta en este caso es claramente negativa, y puede decirse que es minoritaria en la teoría jurídica.

2. La gran mayoría de los teóricos del Derecho sostiene que el concepto de *rule of law* hace referencia a un ideal, valor o virtud. No obstante esta posición coincidente, cabe

advertir una primera gran diferencia. Por ejemplo, J. Raz analiza la noción de *rule of law* a partir del significado literal de la expresión que, según sostiene este autor, alude a la idea de *gobierno del Derecho*. En un sentido más amplio, según Raz, el principio de *rule of law* supone que la gente debería obedecer el Derecho, guiarse por él, y ello implícitamente requiere que las reglas jurídicas tengan ciertas características que hagan posible que los destinatarios las obedezcan, o se guíen por ellas. El ideal del *gobierno del Derecho* se refiere a todas las acciones reguladas por el Derecho. Esto ciertamente incluye a las acciones de las autoridades estatales, pero no sólo a ellas. En cualquier caso, conforme a esta concepción, el concepto de *rule of law* implica una serie de principios cuyo respeto resulta necesario para alcanzar el ideal del gobierno por parte del Derecho<sup>2</sup>.

Es digno de destacar que, en opinión de J. Raz, tanto el ideal como todos los principios implicados por él constituyen ejemplos de estándares de excelencia, moralmente neutrales. Típico ejemplo de este tipo de excelencia es el del cuchillo que corta bien. Nadie nega-

---

<sup>2</sup> J. Raz (“The Rule of Law and its Virtue” en *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, págs. 214-218) ofrece una lista –no exhaustiva– de ocho principios implícitos en la doctrina del *rule of law*.

ría que, cortar bien, es una virtud del cuchillo. Sin embargo, ello no garantiza que sea usado para fines justificados o moralmente buenos. Del mismo modo, el hecho que los sistemas jurídicos se ajusten a los principios de *rule of law* constituye una específica virtud de tales sistemas; sin embargo, esto no garantiza que sus normas estén justificadas y que merezcan respeto desde un punto de vista moral. Para Raz, el respeto de los principios de *rule of law* confiere al Derecho un valor fundamentalmente negativo: indica que no provoca aquel tipo de mal que puede causar por el hecho de ser Derecho.

Teniendo en cuenta los distintos principios vinculados al ideal de *rule of law*, todo Derecho existente respeta, en alguna medida, al menos algunos de los principios de *rule of law*. Ello es así porque todo Derecho incluye algunas reglas generales, no retroactivas y medianamente claras. Ahora bien, vista la caracterización no moral de la virtud de *rule of law*, el reconocimiento de una conexión necesaria entre Derecho y *rule of law* no supone el reconocimiento de una conexión necesaria entre Derecho y moral. En resumen, si bien conforme a esta posición el concepto de *rule of law* se refiere a una virtud que pertenece en cierta medida a todo Derecho, ella invita a reflexionar sobre si el valor

al que esta virtud alude es o no un valor de carácter moral.

3. La posición más usual con respecto a este tema parece ser aquella que se apoya en la ya clásica propuesta de Lon Fuller<sup>3</sup>. Este autor analiza los elementos centrales del concepto de *rule of law* a través de un conjunto de ocho principios de legalidad. En esta lectura, al igual que en la anterior, la satisfacción de estos principios es siempre gradual. Si bien ningún Derecho respeta todos estos principios en modo total, todo Derecho, para ser tal, tiene que respetarlos en alguna medida. Dicha medida constituye un umbral, y los sistemas normativos que no lo superan no pueden considerarse ejemplos de Derecho; son instituciones basadas en el mero uso de la fuerza. A su vez, y a diferencia de cómo los interpreta la posición anterior, estos principios tienen ciertamente carácter moral: su gradual satisfacción constituye la moral interna de todo Derecho.

A esta lectura del concepto de *rule of law* se adhieren muchos autores “anti-positivistas”, ya que por esta vía, (i.e. aceptando las tesis de Fuller), es posible concluir que todo Derecho contiene necesariamente elementos morales.

---

<sup>3</sup> Véase, Lon Fuller: *The Morality of Law*, 2da. Ed., New Haven, Yale University Press, 1969, cap. 2.

No es preciso, en este contexto, entrar en esta polémica. En cambio, sí es importante subrayar que, bajo esta hipótesis, los valores morales involucrados en el concepto de *rule of law* son valores estrictamente ligados a la legalidad. Se refieren a las características que debe tener el Derecho para poder guiar adecuadamente el comportamiento (debe ser general, público, no retroactivo, coherente, comprensible, estable, susceptible de ser cumplido, aplicado congruentemente). En esta luz, las virtudes conectadas al ideal de *rule of law* son sustanciales, pero también son muy limitadas. Bien puede un Derecho ser respetuoso de estos estándares y todavía ser un Derecho –en muchos y graves sentidos– moralmente defectuoso e injustificado. Por este motivo, esta presentación nos invita a pensar acerca del alcance del valor que el respeto de los principios de *rule of law* confiere. Al parecer, tales principios se limitan a garantizar las condiciones para que exista un continuo, y mínimamente efectivo, gobierno de las conductas humanas por parte de un Derecho.

4. Hay varias formas de poner en cuestión que el ideal de *rule of law* se limite a un elenco de principios de legalidad como los planteados por L. Fuller o J. Raz. Una de ellas consiste en subrayar que dicho ideal, como Jano, tiene dos rostros, y que ver sólo uno de ellos –como hasta ahora hemos hecho– es



reductivo<sup>4</sup>. Es verdad que, por un lado, “*rule of law*” alude a la idea de “gobierno de las reglas” o “gobierno de la ley”, pero, por otro, alude a la idea de “ley gobernada por el Derecho” o “regla de derecho”. Más allá de las formulaciones más o menos sugerentes, conforme a la propuesta de diferentes autores, el que el Derecho pretenda gobernar la conducta de sus destinatarios –y que para ello deba proponerse con ciertas características que hagan posible dicho objetivo– no es la parte principal del concepto. El punto principal está en el hecho que, conforme a este concepto, las elecciones sustanciales llevadas a cabo al crear las normas jurídicas deben estar sujetas a regulación. Es decir, no sólo los actos de creación, sino el contenido de dichos actos (las concretas obligaciones, prohibiciones y permisos) deben estar gobernados por el propio Derecho<sup>5</sup>.

En este caso, el ideal o valor representado por la idea de *rule of law* es mucho más robusto. Asimismo, cuando las cosas se ven desde este punto de vista, los principios implícitos en el concepto dejan de estar obviamente conectados a *todo* Derecho. Esta nueva inter-

---

<sup>4</sup> Cf. F. Viola: “Il Rule of Law e il concetto di diritto”, *Ragion Pratica* 30, pág. 161.

<sup>5</sup> Cf. Luigi Ferrajoli: *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pág. 847.

pretación del ideal de *rule of law* se exhibe paradigmáticamente, aunque no exclusivamente, en el estado *constitucional* de Derecho. En tal sentido, por ejemplo, un autor como Ferrajoli distingue explícitamente dos ideales, uno correspondiente al “estado legislativo de Derecho” que sólo regula los actos de creación del Derecho, y otro correspondiente al “estado constitucional de Derecho”, que se hace formalmente explícito en aquellos países con constituciones democráticas, rígidas y que establecen un elenco de derechos fundamentales<sup>6</sup>. Estos derechos demarcan una esfera de contenidos que en ningún caso puede ser objeto de decisión por parte de la autoridad (la *sfera dell’indecidibile*). Conforme a este ideal “todo el Derecho –no sólo el ‘Derecho que es’, sino también el ‘Derecho que jurídicamente debe ser’– está en definitiva construido por los seres humanos, quienes asumen la responsabilidad por cómo lo producen y lo interpretan y, antes de todo, por como

---

<sup>6</sup> Como señalara Liborio Hierro durante la discusión de este trabajo en las jornadas de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, afirmar que el ideal sustancial se exhibe paradigmáticamente en los estados con constituciones rígidas, no significa afirmar que la existencia de una constitución rígida sea una condición necesaria, ni menos aún suficiente, para el respeto de este ideal.

lo piensan, lo proyectan, lo conquistan y lo defienden”<sup>7</sup>.

Según un autor como Ferrajoli, este modelo es el que contingentemente está vigor hoy en día y, en tal medida, puede considerarse la forma ordinaria en la que el Derecho positivo contemporáneo se presenta. Para otros autores, no se trata sólo de un ideal que de hecho se ha instaurado en nuestra cultura jurídica, sino también de lo que podríamos considerar la correcta o la mejor interpretación del viejo ideal de *rule of law*. Desde esta perspectiva, estamos ante un único ideal, y entenderlo sólo como un conjunto de prescripciones referidas a la generalidad de la ley, su carácter prospectivo, o su imparcial aplicación, implica frustrar su auténtico significado. El sentido de este ideal es evitar que el Derecho en su conjunto pueda ser concebido como un instrumento que sirve para instaurar de cualquier manera cualquier tipo de comportamientos, por el sólo hecho de que así lo desea la autoridad constituida.

En pocas palabras, en esta visión, la idea de *rule of law* requiere límites sustanciales al ejercicio del poder legislativo. Un Derecho con una constitución como la que proponía

---

<sup>7</sup> Luigi Ferrajoli: *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. teoria del diritto...*, cit, pág. 849.

Kelsen, por ejemplo, o como la que proponen todos aquellos autores que propugnan, o bien una constitución de tipo “mecánico”, o bien flexible, serían ejemplos de sistemas jurídicos que no garantizan este ideal robusto de *rule of law*. Por mencionar un ejemplo, entre los autores que entienden el ideal en esta perspectiva se halla F. Viola, según el cual “los principios de justicia natural, la composición de, y la accesibilidad a, las cortes de justicia, la argumentación jurídica como forma de argumentación pública, los poderes de revisión del juez, son hoy elementos del *rule of law* bastante más importantes que las características generales de las leyes”<sup>8</sup>.

5. Por último, es interesante destacar que hay otro modo de discutir sobre el alcance del ideal de *rule of law*. En este caso, la línea divisoria no pasa entre quienes asumen una concepción sustancial o robusta y quienes entienden que se trata de un valor más limitado y preponderantemente formal o procedimental. En esta hipótesis, no se pone en duda que el *rule of law* es un ideal sustancial, que va más allá de los meros principios de legalidad a los que aluden autores como Fuller o Raz. Lo que se discute es si tal ideal político-moral es necesariamente un ideal li-

---

<sup>8</sup> Cf. F. Viola: “Il Rule of Law e il concetto di diritto”... cit, pág. 163.

beral, y, en tal sentido, inescindiblemente unido a los valores de esta doctrina política, o a la lectura que ella hace de los mismos.

Por ejemplo, para un autor como M. Kramer no hay ninguna duda al respecto<sup>9</sup>. “Los principios de Fuller expresan los valores de la tradición liberal democrática”<sup>10</sup>. Tradición que se ejemplifica en pensadores como Locke, Stuart Mill, Kant, Hayek, Rawls y Nozick. El desarrollo a partir del ideal formal, como el que proponen los principios de legalidad, hasta un ideal político-moral implica un enriquecimiento o profundización en la misma tradición liberal. En esta profundización, cuestiones de mera forma se convierten en cuestiones de sustancia<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> M. Kramer (“Elements of the rule of Law” en *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University press, Cambridge, 2007, págs. 142-144) distingue entre la idea de *rule of law*, que alude a la satisfacción parcial de los ocho principios de legalidad de Fuller, y la idea de *Rule of Law*, con mayúsculas, que alude a un ideal moral liberal mucho más ambicioso.

<sup>10</sup> Según este autor, sin embargo, el hecho de que todo sistema jurídico satisfaga en cierta medida tales principios es un dato moralmente neutral. Cf. M. Kramer (“Elements of the rule of Law”, cit., pág. 143). No me detendré en la polémica positivismo/anti-positivismo, pero es claro que el esfuerzo de autores como Raz y Kramer por sostener el carácter neutral de la virtud del *rule of law* no es ajeno al objetivo de mantener una posición positivista coherente.

Sin embargo, según un autor como F. Viola, esta interpretación es errada. Asumirla significaría comprometer el ideal implícito en el *rule of law* con una doctrina comprensiva del bien, la del liberalismo filosófico. En otras palabras, significaría pensar en el Derecho como el brazo ejecutor de dicha ideología. En opinión de Viola, el Derecho no debe ser visto como un mecanismo para implementar el valor de la justicia, entendido como un valor universal externo al Derecho, sino como un mecanismo a través del cual se busca establecer *una* concepción de la justicia, que podría no coincidir con la concepción que propone el liberalismo.

Por supuesto, este debate se entronca nuevamente con la discusión entre positivistas y anti-positivistas sobre si ciertos valores morales son o no inherentes a todo Derecho. Aquí sólo interesa destacar que, conforme a una posición, los valores y principios implicados por el ideal de *rule of law* deben ser leídos a partir de una concepción liberal de la justicia. En este caso, dichos valores y principios son externos al Derecho. En una lectura alternativa, en cambio, los valores y principios en cuestión no están necesariamente comprometidos con una concepción liberal de

---

<sup>11</sup> Cf. M. Kramer: “Elements of the rule of Law”, cit., pág. 143.

la justicia. Ellos forman parte de todo sistema jurídico. Su satisfacción es necesaria para que el Derecho constituya un mecanismo a través del cual toda sociedad pueda discutir e intentar avanzar en la búsqueda de su propia concepción de la justicia<sup>12</sup>.

II. Cada una de las posiciones mencionadas hasta aquí destaca un aspecto interesante sobre el que la noción de *rule of law* invita a reflexionar. En lo que sigue, sólo me concentraré en una idea de base, presente en todas aquellas concepciones que asumen una noción robusta de *rule of law*, ya sea que la entiendan como necesariamente incorporada al concepto de Derecho (como por ejemplo R. Dworkin, o F. Viola), o como sólo contingentemente conectada a nuestros sistemas jurídicos actuales (como por ejemplo L. Ferrajoli, pero también todos aquellos autores “neo-constitucionalistas” que justifican la existencia de límites sustanciales a la legislación).

Conforme a esta idea, el principio de *rule of law* justifica, o requiere, lo que se denomi-

---

<sup>12</sup> Tal como menciona F. Viola, esta idea remite a J. Rawls (*Political Liberalism*, Columbia U.P., New York, trad. castellana (1996) *Liberalismo Político*, Crítica, Barcelona.). También a J. Habermas (*Between Facts and Norms*, Polity Press, Cambridge, trad. castellana (1998), *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1996-1998).

na un “modelo normativo de constitución”<sup>13</sup>. Una constitución que no sólo establezca *quién* tiene competencia y *cómo* se crean las normas jurídicas válidas del sistema, sino también *qué* contenidos pueden tener dichas normas. Desde esta perspectiva, los resultados de los actos normativos de una autoridad jurídica serán válidos sólo si están justificados por las normas jurídicas de rango superior que los controlan. Por razones de brevedad me referiré a este principio como al principio o ideal sustancial de *rule of law*.

Este ideal sustancial de *rule of law* puede ser puesto en cuestión de diferentes maneras. Hay teorías que presentan un cuestionamiento explícito. Es decir, a partir de múltiples argumentos, critican expresamente la justificación de límites sustanciales a la autoridad constituida, si ella es democrática. Estas teorías presentan abiertamente cuáles son las razones y los valores a partir de los cuales se debería rechazar el ideal sustancial de *rule of law*. Por el contrario, en otras teorías, el cuestionamiento no es explícito y, en mi opinión, es más corrosivo. En estos casos, no sólo *no* se critica el ideal sustancial de *rule of*

---

<sup>13</sup> Por ejemplo, B. Celano (“Defeasibility’ e bilanciamento”, *Ragion Pratica* 18, 2002). También Juan Ruiz Manero (“Una tipología de las normas constitucionales”, 2007, manuscrito).



*law*, sino que explícitamente se lo defiende como una característica, si no necesaria, ciertamente plausible de los sistemas jurídicos.

En otras palabras, ya sea como un ideal, o como dato empíricamente verdadero respecto de muchos sistemas jurídicos contemporáneos, en esta última perspectiva, se admite la validez de un elenco de principios y directrices que expresan derechos fundamentales, y que pretenden controlar los contenidos normativos de los actos de las autoridades constituidas. El problema surge cuando, después de haber realizado esta afirmación del ideal sustancial de *rule of law*, se adopta una concepción tal de los principios y directrices constitucionales, que es imposible que ellos constituyan los límites que en teoría deberían constituir. Como trataré de mostrar, estas teorías sostienen una concepción en la que los principios y directrices que deberían limitar los actos de la autoridad sencillamente no son normas.

De este modo, la conclusión que se sigue no es que el ideal de *rule of law* sea difícil de justificar o poco recomendable. La conclusión es que, de hecho, no está en vigor, puesto que resulta imposible implementarlo. Sin embargo, como acabo de mencionar, la falta de vigor, o la irrelevancia del ideal sustancial de *rule of law* no son tesis que estas

teorías defiendan. De hecho, no sólo no las defienden, sino que asumen lo contrario: la posibilidad y plausibilidad del ideal. Razón por la cual no tienen por qué articular argumentos que muestren las falencias del ideal sustancial de *rule of law*. La imposibilidad y la total irrelevancia de este ideal se siguen como una consecuencia necesaria de las características que se *atribuyen* a los principios y directrices que deberían implementarlo. Características que, obviamente, estas teorías asumen como datos innegables de tales principios y directrices.

Se pueden señalar al menos dos vías por las que, sin negar la validez de aparentes normas de control sustancial, dada la caracterización teórica que se ofrece de las mismas, estamos racionalmente constreñidos a concluir que ellas no son genuinas normas. Es decir, ellas no establecen ningún límite a la acción de las autoridades constituidas. Una de estas vías es interpretar las fuentes constitucionales –que en línea de principio expresan derechos fundamentales que limitan la competencia de la autoridad constituida– como condicionales derrotables: enunciados cuyos antecedentes no establecen condiciones suficientes para obtener consecuencias deónticas. En otras palabras, los principios constitucionales son normas que sólo *prima facie*, o aparentemente, establecen un deber o un derecho. Si, de

hecho, lo hacen o no es algo que deberá ser determinado en cada ocasión individual.

Esta es la opción que sigue quien sostiene que las formulaciones constitucionales referidas a derechos individuales, como por ejemplo las que exigen igualdad de trato, libertad de expresión, respeto al honor, etc., deben entenderse como diciendo: “*Prima facie* (i.e. a primera vista), todas las personas deben ser tratadas con igual consideración y respeto”, o “*Prima facie* (i.e. a primera vista), toda persona tiene derecho a expresarse libremente”, y así sucesivamente. Según esta interpretación de las formulaciones constitucionales, sus antecedentes no determinan las condiciones de aplicación de una consecuencia deóntica, y no hay modo de establecer de antemano el conjunto completo de dichas condiciones de aplicación. Es imposible prever todas las excepciones que podrían presentarse, y que impedirán obtener el consecuente deóntico. En suma, los principios, así entendidos, no permiten inferir una consecuencia normativa y, en tal medida, sólo retóricamente pueden ser llamados normas<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Podría decirse que una *norma* que no determina ninguna conclusión deóntica o, lo que es lo mismo, no permite obtener ninguna *consecuencia normativa* es una contradicción en los propios términos.

Ciertamente existe una alternativa a esta reconstrucción sostiene que las formulaciones en cuestión expresan genuinas normas, (i.e. condicionales inderrotables de los que se siguen consecuencias normativas). Esta idea puede ser expresada de diversas maneras. Por ejemplo, se puede sostener que este tipo de cláusulas constitucionales establecen deberes categóricos<sup>15</sup>, o deberes condicionales cuyo antecedente es una tautología, (i.e. se aplican en toda ocasión posible)<sup>16</sup>, o que contienen en su antecedente sólo la ocasión para realizar aquello que prescribe el consecuente<sup>17</sup>. En cualquier caso, conforme a esta propuesta, las disposiciones que expresan límites a las autoridades determinan consecuencias deónticas, y no son condicionales derrotables.

Cabe poner énfasis en que estas dos interpretaciones de los principios y directrices constitucionales no son dos reconstrucciones meramente teóricas, sin ninguna consecuencia práctica. Se podría pensar que la distin-

---

<sup>15</sup> Por ejemplo, José Juan Moreso (*La indeterminación del Derecho y la interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997).

<sup>16</sup> Por ejemplo, basándose en la propuesta de C. Alchourrón (“Detachment and Defeasibility in Deontic Logic”, *Studia Logica* 57, 1996, págs. 5-7.)

<sup>17</sup> Por ejemplo, siguiendo una idea de G.H. von Wright (*Norm and Action. A Logical Enquire*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963, pág. 74).

ción presentada es fruto de una inquietud meramente formal, y que privilegiar un lenguaje teórico sobre otro (concretamente, considerar que los principios y directrices constitucionales son condicionales derrotables o condicionales estrictos), no tiene en realidad repercusión alguna respecto de lo que las autoridades tienen competencia para hacer. Efectivamente, esto podría ser así, pero de hecho no lo es. Es difícil considerar banal la diferencia entre una reconstrucción a la luz de la cual los principios constitucionales confieren un derecho y otra conforme a la cual no lo confieren. O una que permite afirmar que las autoridades tienen efectivamente un deber y otra según la cual lo tienen sólo en apariencia. Sin lugar a dudas, las consecuencias prácticas con las que *nos comprometemos* a partir de uno u otro tipo de caracterización son notables.

Tomemos por ejemplo el ya tantas veces discutido caso en el que se debe decidir si está o no permitida la emisión televisiva, o la publicación de una nota de opinión, que –por hipótesis– lesiona el honor de alguien. Los resultados que se siguen si se aplica una u otra perspectiva son muy distintos. Aquí, claramente, están en juego dos principios constitucionales que protegen, respectivamente, la libertad de expresión y el derecho al honor. Conforme a la concepción *prima facie* de las

normas constitucionales, será la autoridad constituida (cuya decisión las normas constitucionales deberían limitar) la que deberá determinar, en el caso individual, quién tiene un derecho. Si la necesidad de proteger el honor introduce una excepción al derecho *prima facie* a la libre expresión, la conclusión es que en este caso *no existe un derecho a expresar dicha opinión*. Al contrario, si la necesidad de resguardar la libertad de expresión es la que establece una excepción al derecho *prima facie* a la protección del honor, la conclusión será que en este caso *no existe un derecho a la protección del honor*.

En contraste, conforme a la reconstrucción alternativa no cabe dudar de que los principios establecen, *ex ante*, dos derechos distintos. De ello se siguen algunas consecuencias. En primer lugar, las autoridades constituidas están requeridas a satisfacer ambos derechos, y faltan a su deber si no lo hacen. En segundo lugar, el hecho de que en una específica ocasión no puedan ser ambos satisfechos es una circunstancia empírica, no normativa, y como tal deberá ser demostrada. En tercer lugar, si se demuestra que, de hecho, no se pueden satisfacer ambos derechos a la vez, las autoridades deberán justificar en qué medida uno de ellos deberá ser sacrificado, y prever

algún remedio o compensación por el sacrificio<sup>18</sup>.

La segunda presentación de los principios permite expresar una idea importante, y que la primera reconstrucción niega: *existen* dos derechos en conflicto, ambos tienen relevancia práctica, y ambos requieren satisfacción. En definitiva, los principios imponen efectivamente derechos –vistos desde la perspectiva de los individuos– o límites sustanciales –vistos desde la perspectiva de las autoridades. Estos derechos o límites son las consecuencias deónticas que dichos principios determi-

---

<sup>18</sup> Esta posición es coherente con el “principio de conformidad” propuesto por Raz a tenor del cual: “One should conform to reason completely in so far as one can. If one cannot one should come as close to complete conformity as possible”. Cf. J. Raz (“Personal Practical Conflicts”, in Baumann, P. and Betzler, M. (eds.), *Practical Conflicts. New Philosophical Essays*, Cambridge, Cambridge U.P., 2004, pág. 189). En términos de M. Atienza y J. Ruiz Manero, esta idea implica que, con relación a la normatividad de las razones, no cabe distinguir entre aquellas que requieren una acción, un fin, o la maximización de un bien. Una razón para la acción, en realidad, requiere siempre un estado de cosas final que debe ser completamente satisfecho y, cuando esto no resulta posible, requieren maximizar. Véase también Daniel González Lagier (“Cómo hacer cosas con acciones (en torno a las normas de acción y a las normas de fin)”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 20, 1997, págs. 157-175). Asimismo, I. Lifante, “Poderes discrecionales”, manuscrito.

nan, y la razón por la cual podemos afirmar que son normas.

Podrá alegarse que, el hecho de que una teoría sea capaz de dar expresión a ciertas ideas conceptualmente vinculadas a importantes consecuencias prácticas no implica que tales ideas se concreten en la realidad. Sin embargo, cabe señalar que si éste es el caso, es decir, si una autoridad no reconoce en los principios constituciones efectivos vínculos sustanciales, conforme a esta última teoría cabe afirmar que dicha autoridad están violando el Derecho. Por el contrario, conforme a la primera, ella está haciendo lo único que puede hacer dada la “naturaleza” o el “carácter” *prima facie* de los principios: decidiendo en el caso concreto, previa ponderación, quién tiene derecho a qué cosa. El detalle es que esta naturaleza *prima facie* de los principios, aunque no se diga explícitamente, o ni siquiera se sea consciente de ello, les ha sido atribuida por la propia teoría en virtud de los conceptos que adopta.

Ahora bien, es verdad que la adopción de una u otra reconstrucción de los principios y directrices constituciones puede devenir absolutamente irrelevante, según qué otras tesis sostenga una teoría. Por ejemplo, esto sucede cuando se sostiene que, o bien el contenido, o bien el peso de los derechos o deberes que las



normas constitucionales imponen es variable y, como consecuencia, necesariamente decidible por parte de quien los aplica en cada caso particular. En otras palabras, sostener que la estructura lógica de los principios constitucionales permite obtener consecuencias deónticas es una tesis que puede ser totalmente privada de impacto práctico, si junto a ella se sostiene que el contenido preciso de estas consecuencias deónticas, o su relevancia práctica, están indeterminados.

No me referiré aquí al problema de la indeterminación del contenido de las normas. Este es un tema ampliamente debatido en la filosofía del lenguaje, en general, y en la filosofía jurídica, en particular. A partir de tal debate, creo que es posible descartar en este contexto las concepciones escépticas más extremas. Si esto no fuese factible, en efecto, habría que admitir que no es posible sostener la tesis que aquí estoy defendiendo, pero tampoco la contraria, puesto que el lenguaje está radicalmente indeterminado.

Me referiré, en cambio, y muy brevemente, a aquellas posiciones que, en mi opinión, constituyen un segundo modo en el que se puede frustrar el ideal sustancial de *rule of law*. Estas concepciones ponen en cuestión la fuerza o peso práctico de las normas constitucionales. En este caso, nuevamente, a pesar

de que se admite el ideal, i.e. la validez de un conjunto de principios que pretenden establecer un control sustancial sobre los actos de la autoridad constituida, dada la posición que se asume con respecto a estos principios, estamos racionalmente constreñidos a concluir que, en realidad, ellos no constituyen ningún límite.

Estas posiciones no están interesadas en discutir sobre el tipo de normas que las formulaciones constitucionales constituyen. Ellas sostienen que, en virtud del carácter último de la fuente constitucional, y de la paridad jerárquica de las normas en ella contenidas, no contamos con criterios para resolver los conflictos que pueden configurarse entre tales normas. Por lo tanto, si se presenta un conflicto entre derechos de nivel constitucional, serán las propias autoridades constituidas las que deberán decidir en cada ocasión individual –generando una nueva norma general o particular– qué derecho prevalece. Como podemos ver, aquí se parte del reconocimiento de un genuino conflicto entre derechos existentes, de igual rango, y de la más alta jerarquía en la estructura del sistema jurídico. El problema reside en que, según esta lectura, no hay criterios que impongan a las autoridades el deber de ordenar tales derechos en un modo u otro. Razón por la cual, necesariamente, dichas autoridades de-

ciden en modo discrecional, estableciendo jerarquías axiológicas móviles o inestables<sup>19</sup>.

Con respecto a esta propuesta haré sólo dos comentarios. En primer lugar, la inexistencia de criterios que permitan resolver los conflictos entre derechos que emergen de una misma fuente constitucional es una tesis conectada a una específica concepción del Derecho. Lo mismo cabe decir con respecto a la tesis del carácter inestable de la jerarquía axiológica existente entre tales derechos. No es este el lugar para discutirlo pero, por ejemplo, conforme a una teoría como la de H.L.A. Hart, todo sistema cuenta con un conjunto de criterios generales –normalmente no explícitos– que permiten identificar las normas, i.e. los contenidos válidos que las fuentes expresan. Otras teorías, como por ejemplo la de R. Dworkin o la de J. Raz, van aún más allá, y ofrecen una concepción interpretativa acerca de cómo se ha de identificar aquello que se debe o no se debe hacer conforme al Derecho. Siguiendo estas teorías, el hecho de que un texto constitucional, o cualquier otra fuente jurídica, no incorpore expresamente criterios para determinar lo que el Derecho establece, no implica que no los haya. Ya que estos criterios no tienen por qué ser explícitos.

---

<sup>19</sup> Cf. R. Guastini *L'interpretazione dei documenti normativa*, Giuffrè, Milano, (2004), págs. 136 y 219.

En segundo lugar, si tomamos en serio la premisa conforme a la cual, por hipótesis, estamos ante normas del mismo nivel jerárquico constitucional, se supone que cualquier conclusión que los jueces u otras autoridades subordinadas puedan obtener no debería contradecir tal premisa. Es decir, el reconocimiento de que hay dos o más normas con *igual* jerarquía, y que dicha jerarquía es *superior* a la de la legislatura ordinaria y a la de cualquier otra autoridad. Sin embargo, no es así, ya que lo que se hace en este caso se desdobla la jerarquía de las normas constitucionales, distinguiendo su igual jerarquía formal –en virtud de la fuente de la cual provienen– pero su variable jerarquía axiológica –en virtud del peso práctico que ellas tienen al momento de ser aplicadas. La estrategia de desdoblar las jerarquías, admitiendo que los principios constitucionales, tienen una jerarquía *formal* superior a la de las autoridades del sistema, pero una jerarquía *práctica* que depende de los actos de la legislatura ordinaria, o de los jueces que deben aplicarlos, equivale a sostener que tales principios constituyen límites de papel (literalmente: son los *textos* escritos sobre el papel los que tienen una jerarquía superior), pero no en la práctica. Su peso normativo, y con ello los concretos límites que establecen, dependen de la decisión dis-

crecional de las autoridades a las que deberían limitar<sup>20</sup>.

Ciertamente también en este caso hay una concepción alternativa. Conforme a ella la inevitable evaluación que las autoridades deben realizar al aplicar los principios constitucionales, y el hecho que distintas circunstancias fácticas requieran respuestas diferenciadas, no prueban que dichos principios estén ordenados un día en un modo, y otro día en otro. Por ejemplo, que en una ocasión se decida proteger el derecho a la intimidad de terceros por sobre el derecho de publicar fotografías de artistas de moda en revistas de entretenimiento; mientras que en otra ocasión se decida postergar el derecho a la intimidad de un componente del gobierno porque es el único modo de sacar a la luz información relevante para la ciudadanía, sólo prueba que estamos ante dos situaciones fácticas diferentes, y no que los derechos en juego hayan cambiado su “jerarquía axiológica” de un momento al otro. Las normas son aplicadas a casos diferentes y se traducen en conclusiones diferentes, pero ello no permite concluir que la relevancia práctica de los derechos, y los

---

<sup>20</sup> Con respecto a la estrategia de distinguir dos tipos de jerarquías, una formal referida a las fuentes en que los principios se expresan, y otra axiológica referida al peso práctico de los principios al momento de ser aplicados, véase Riccardo Guastini, *ibidem*.

límites que ellos constituyen, sean móviles o inestables.

Si las normas constitucionales establecen límites a las autoridades inferiores, entonces no pueden ser ellas las que decidan qué fuerza o peso tienen tales normas. Si las autoridades están limitadas por una norma, ellas no tienen competencia para determinar ni la existencia, ni el contenido, ni la fuerza de tal norma. Decidir aplicando una norma es decidir sobre la base de razones previamente delimitadas. Ello exige un ejercicio de carácter cognoscitivo respecto de cuál es el contenido y la fuerza de las razones que, *ex ante*, gobiernan la decisión.

En conclusión, la idea general que he intentado defender implica que los principios constitucionales son condicionales inderrotables. Esta es una tesis acerca de la estructura de las normas, pero no es una tesis formal. A mi entender, esta es la única tesis que puede asumir quien pretenda sostener coherentemente un ideal sustancial de *rule of law*. Ello porque es el único modo de no frustrar la idea de que hay normas que limitan sustancialmente los actos de sus destinatarios: las autoridades constituidas, en este caso. La tesis contraria sostiene que el razonamiento jurídico –o el razonamiento práctico, en general– aun cuando en un cierto

sentido siga normas, es siempre abierto y no está *ex ante* sustancialmente delimitado.

Esta idea se apoya en una importante corriente de pensamiento según la cual, tal delimitación, o bien es imposible, o bien es implausible. Es tan copiosa como aguda la literatura que abiertamente, y sobre la base de múltiples razones, sostiene la conveniencia de dejar de lado el ideal de que nuestras constituciones contengan normas que controlen sustancialmente los actos de las autoridades constituidas. Por ejemplo, conforme a una concepción particularista, es imposible delimitar nuestras acciones o decisiones mediante normas, sean éstas de nivel constitucional o de cualquier otro rango. Asimismo, desde un punto de vista muy diferente, un defensor de constituciones que no contengan catálogos de derechos, sino sólo mecanismos formales que guíen el acto de creación de las normas ordinarias, también está sosteniendo explícitamente que la concepción sustancial de *rule of law* debe ser descartada a favor de una concepción más magra, que no pretenda limitar el contenido de las normas de las autoridades constituidas.

De hecho, éstas son las teorías que tienen a su disposición la tesis de que los principios y directrices constitucionales sólo pueden ser entendidos, o bien como condicionales

derrotables, o bien como condicionales estrictos, pero con contenidos, o con relevancia práctica, indeterminados. Lo paradójico es que estas tesis se sostengan junto a la defensa del ideal político sustancial de *rule of law*, o junto a la afirmación empírica de su vigencia en la práctica.

Afirmar que las constituciones deben contener, o efectivamente contienen, principios y directrices políticas que limitan normativamente el contenido de las leyes u otros actos de las autoridades constituidas es incompatible con la tesis de que dichos principios o directrices son normas abiertas, sea que esta idea se exprese en términos lógicos (mediante la tesis de que estas normas son condicionales derrotables), en términos semánticos o interpretativos (mediante la tesis de que estas normas tienen contenidos indeterminados), o en términos de relevancia práctica (mediante la tesis de que, a pesar de su superior jerarquía formal, la fuerza o peso de estas normas depende de las autoridades cuyos actos ellas deberían controlar.





COGNOSCITIVISMO Y RULE OF LAW:  
EN TORNO A LOS LÍMITES DEL  
FORMALISMO

*José María SAUCA*

Estas páginas están pensadas como un comentario al trabajo de María Cristina Redondo titulado "Reglas y principios en el Estado de Derecho". Dicho ensayo es un inteligente ejercicio intelectual que defiende de manera persuasiva una tesis importante que quizá podría enunciarse de la siguiente manera: la defensa del Estado de Derecho implica, bajo pena de incurrir en contradicción, el mantenimiento de una concepción cognoscitivista de la moral y de la interpretación de los enunciados lingüísticos. A tal fin, sigue tres estrategias concurrentes que pueden concretarse en las siguientes notas: a) Identificación de *Rule of Law* y Estado de Derecho. b) Bosquejo de un mapa ético-conceptual de las teorías sobre el Estado de Derecho. c) Defensa del carácter inderrotable de las (genuinas) normas constitucionales. Intentaré formular un breve comentario a cada una de ellas.

a) Identificación entre *Rule of Law* y Estado de Derecho.

A lo largo del trabajo, Redondo emplea sistemáticamente el término *Rule of Law* con la significativa excepción del título en la que se utiliza la expresión de *Estado de Derecho*. Estimo que participa así en la extendida convención de tratar como equivalentes ambos términos y reconocer que la eventual singularidad de la locución anglosajona frente al término germano de *Rechtstaat* haría referencia a genealogías diferentes en cuanto a su proceso histórico de configuración. Creo, sin embargo, que es útil seguir manteniendo un tratamiento diferenciado entre los conceptos de *Rule of law* y Estado de Derecho, incluso cuando tomamos como referencia lo que Cristina Redondo llama versión sustantiva o robusta del *Rule of law* ya que, según se me alcanza, hay alguna diferencia relevante entre ambos.

La idea de que el *Rule of law* o el imperio de la ley se presente como el elemento central o mínimo del Estado de Derecho y de que, incluso, le sea atribuida relevancia moral al ser concebido como un ideal regulativo, como es sostenido desde hace tiempo por Francisco Laporta (Laporta: 1996; 1999 y 2007), creo que no es argumento suficiente para proceder a una equiparación.

Así, estoy teniendo en mente la clásica caracterización tetrapartita promovida hace más de cuarenta años por Elías Díaz (Díaz, 1981: 31 y ss) en torno a la definición del Estado de Derecho sobre las notas de principio de legalidad; reconocimiento de derechos individuales; separación de poderes y congruencia entre producción y aplicación del Derecho. Entre estas notas, destacaría ahora dos. En primer lugar, el principio democrático que concurre como definicional en el componente del principio de legalidad y, en segundo lugar, la idea de separación de poderes.

La exigencia del principio democrático, como viene defendiendo Liborio Hierro desde hace más de diez años (Hierro, 1999: 287-308 y 2003: 449 - 476), cualifica la idea de ley de una forma mucho más exigente y compleja que la mera producción de textos normativos e incluso de textos que ocupen un determinado lugar en la prelación del sistema de fuentes del Derecho socialmente establecido. En el Estado de Derecho, la ley será un producto normativo que satisface numerosas condiciones procedimentales y sustantivas. Por seguir el uso de las expresiones clásicas, la ley que se corresponde con el principio democrático supone que ella expresa la voluntad general; persigue la idea de bien común; implica la participación efectiva en su elaboración de todo obligado por la misma; refuerza la legi-

timidad de los órganos de producción normativa en relación directa con su más intensa representación democrática; exige caracteres sustantivos de generalidad de la ley más allá de la posibilidad del uso de un simple cuantificador lógico universal en relación con los titulares de las posiciones jurídicas definidas por ella; requiere también su abstracción proscribiendo del horizonte prescriptivo de ley, de cómo debe ser la ley, las regulaciones de caso, las autoaplicativas, las leyes-medida, etc. o, de últimas, este concepto *normativo* de ley supone su supremacía como máxima autoridad normativa.

Esta conocida visión de la ley como expresión del Estado de Derecho aleja o relaja todas estas exigencias en relación con las leyes ordinarias y aproxima su configuración a lo que constituye el entramado básico de un orden jurídico; lo que en ocasiones se ha venido a denominar como la constitución material. Por decirlo en los términos más sencillos relativos a las fuentes del Derecho, nos aproximaríamos más a las normas que en España constituyen el bloque de constitucionalidad (constitución formal, estatutos de autonomía, tratados de transferencia de soberanía –en especial los relativos a la Unión Europea–, regulaciones básicas de los derechos fundamentales, etc.). Lo característico, por tanto, es que esta *ley* que adquiere

especial relevancia en relación con el concepto de Estado de Derecho, es la que, desde un punto de vista formal, no es la ley o, al menos, no es la ley ordinaria. Por seguir con el ejemplo, en el sistema de fuentes español hablaríamos quizá de constitución, de tratado internacional, de estatuto de autonomía, de ley orgánica, etc. La ley, esto es, las leyes formales, habrían quedado desplazadas del núcleo de la primacía *normativa* de la ley. La presunta crisis de la ley de la que habla Hierro, obedecería a este fenómeno de, por un lado, mantenimiento de un criterio de legitimación democrática a favor de la ley, en cuanto que producto de los órganos representativos de la voluntad popular, y de, por otro, la pérdida relativa de las restantes notas antes destacadas.

En definitiva, el *Rule of law* prescinde de este principio democrático, al menos, como una condición necesaria del mismo y, en términos de tendencia, prescinde más claramente aún de los componentes de la ley entendida en su sentido más sustancial de expresión del Estado de Derecho. Las exigencias de la ley en el *Rule of law* obedecen a la impronta fulleriana de relativa estabilidad, predominante irretroactividad, tendencial generalidad, etc. que comportan estándares valorativos claramente más ligeros que la idea de la primacía de la ley. Así pues, desde el

punto de vista del trasfondo de legitimidad de ambos, creo que sería útil seguir manteniendo su tratamiento diferenciado.

La exigencia de la separación de poderes tampoco se corresponde conceptualmente al *Rule of law*. El funcionamiento de la dinámica jurídica implica, como apuntaba paradigmáticamente Kelsen (1995: 323 y 1983: 350 y ss.), el desarrollo de (al menos) dos funciones básicas: la de creación del Derecho y la de aplicación del Derecho y ambas convergen simultáneamente, salvo en los extremos del orden jerarquizado del sistema jurídico. Soslayando las peculiaridades de la teoría kelseniana, podría sostenerse que la atribución de ambas funciones a órganos diferentes es sostenible de manera inestable y en términos relativos. Incluso, cuando se establece como criterio de diferenciación entre creación como producción de normas generales y abstractas frente a aplicación como producción de particulares y concretas, encontramos dificultades para una diferenciación conceptual relevante entre actividad administrativa y judicial. Son razones contingentemente históricas relativas a la configuración de los Estados liberales de Derecho que transformaron el principio monárquico, las que están en la base de la distinción entre estos órdenes (si bien puede teorizarse nuevamente su diferenciación funcional como

propone Ferrajoli, 1997: 574 y ss.; 2007: 862 y ss.), pero, desde el punto de vista conceptual del desenvolvimiento de la actividad jurídica aludido por el *Rule of law* no son decisivas. Por el contrario, desde el punto de vista del Estado de Derecho, lo relevante son las formulaciones históricas relativas a la limitación de los procesos de concentración de poder y, más específicamente, a las opciones ideológicas sustantivas tendentes al mantenimiento de un sistema constitucional de controles y equilibrios. Desde esta perspectiva, los debates clásicos relativos a la división orgánica dentro de los mismos poderes (por ejemplo el bicameralismo o la diferenciación de jurisdicciones); la distribución territorial del poder (sean, por caso, la descentralización administrativa y la defensa normativa del federalismo) y, posteriormente, social (con el reconocimiento de la normatividad autónoma de los agentes sociales) alcanzan a nuestras discusiones contemporáneas y exceden las condiciones de la reflexión epistémica sobre las condiciones de racionalidad en el establecimiento de normas por parte de la autoridad (Ródenas, 2006: 192). En definitiva, la preocupación por la separación de poderes en la perspectiva del Estado de Derecho se perfila como más amplia, compleja y exigente que el debate en torno a los dos planos de desarrollo de la dinámica de producción jurídica.



b) Bosquejo de un mapa ético-conceptual de las teorías sobre el Estado de Derecho.

La segunda cuestión que quisiera destacar se refiere a lo que llamaré criterios cartográficos empleados en la confección del mapa sobre la significación moral del *Rule of law*. La exposición de las distintas concepciones del mismo que ha realizado Cristina Redondo me parece un esfuerzo meritorio y admirable. Siempre que se aborda la misión de alzar un mapa, sobre cualquier cuestión, animados por un espíritu riguroso, se corre el riesgo de incurrir en el desatino de aquéllos cartógrafos chinos del cuento de Borges que presos de su pasión por la exactitud terminaron haciendo un mapa de China que tenía exactamente la misma extensión que la superficie del país. Así, creo que se pueden reconstruir las variables implícitas del mapa en torno a dos pares de ideas generados en razón de la concepción del *Rule of law* y del carácter de su significación moral; me refiero a la tensión formalismo/ sustancialismo y a la tensión valor contingente/ necesario.

El primer elemento de la primera pareja aludiría al carácter estructural de la moralidad que para el Derecho –sistema de normas– tiene el *Rule of law*, mientras que el segundo término entendería el *Rule of law* como procesos sociales promovidos por actores

funcionalmente cualificados (operadores jurídicos). El primer elemento de la segunda dupla contemplaría la historicidad y aleatoriedad del valor moral aportado y el segundo su correspondencia con un sistema de moral de validez objetiva (o intersubjetiva).

En la articulación de dichas variables, se obtendría una primera resultante con la confluencia entre formalismo y contingencia. Expresión característica de la misma sería una teoría como la garantista de Ferrajoli o, entre nosotros, su lectura por Prieto (2008). La segunda resultante fruto de la convergencia entre formalismo y necesidad, aludiría a las aproximaciones clásicas de la moral interna del Derecho de Fuller y, en cierto sentido, las razones excluyentes de Raz (1991). La tercera variable, sustancialismo y necesidad, sería representado por tesis hermenéuticas como Dworkin o Viola, citados por Redondo, o por vertientes más moderadas en línea de Alexy (1986), el segundo MacCormick (2005; 2007) o, entre nosotros, Atienza y Ruiz-Manero. La cuarta y última, sustancialismo y contingencia no aparece recogido y encontraría, quizá, como mejor representante Kennedy (1997) o aquí a Nieto (2002). Finalmente, fuera de marco ubicaría al primero de los autores citados por Redondo: Riccardo Guastini y estaría fuera de marco porque, aunque sostendría una tesis puramente forma-

lista, el *Rule of law* no acredita ningún mérito moral sino que permanece como un mero requisito lógico-conceptual del Derecho.

Desconozco si estos criterios cartográficos puedan resultar plausibles para la propia autora comentada, pero quisiera significar algún comentario final sobre los mismos. En primer lugar, la asepsia de la tesis de Guastini creo que decae en dos puntos. Por un lado, presume la distinción entre órganos productores y órganos aplicadores que, en rigor, no tienen porqué estar diferenciados (Guastini, 1999: 236 y ss). Por otro, no reconoce el carácter constitutivo de los actos de autoridad independientemente de la justificación que pudieran recabar dentro del propio Derecho (Guastini, 2001).

En segundo lugar, la tesis de Raz, a diferencia de la sostenida por Guastini, incurre en una implicación dudosa. Me refiero a la pretensión de derivar de la satisfacción de estos requisitos estructurales del *Rule of law* la idea de exigibilidad de obediencia al Derecho no sólo para los propios sujetos titulares de los órganos del propio orden jurídico, sino también para los individuos sometidos a su imperio. Pueden ser plausibles los argumentos explicativos relativos a los hábitos, vínculo político, etc. pero veo dificultades serias en cómo puede pasarse plausiblemente a derivar

un vínculo moral, al menos, sin abrazar tesis comunitaristas.

En tercer lugar, la manida tesis de Fuller creo que no debiera ser comprendida necesariamente en términos anti-positivistas pues los requisitos que configuran la moral interna del Derecho, estimo que pueden ser razonablemente interpretados como algunos requisitos necesarios de la existencia de lo jurídico tales como el contenido mínimo del Derecho natural que preconizaba Hart y que detenidamente ha estudiado Escudero (2000). Más aún, creo que dichos requisitos no deben ser interpretados como necesariamente dotados de valor moral pues no sólo su cabal cumplimiento puede coexistir con situaciones inicuas, sino que las, digamos, virtudes sistémicas de un Derecho que satisfaga los elementos de la moral interna del Derecho pueden ser moralmente mucho más rechazables. Retomo la figura del afilamiento del cuchillo que utiliza Redondo. Evidentemente, el cuchillo afilado no es moralmente plausible o rechazable sino que podrá merecer esos calificativos su uso efectivo. Pues bien, mi idea, de sencillez pueril, es que resulta moralmente mucho más peligroso el uso inmoral del cuchillo afilado que del romo. El contra-argumento de que el *Rule of law* en esta versión fulleriana habilita las condiciones epistémicas del juicio moral (Escudero, 2000, 501 y ss.), estimo

que presenta un recorrido más breve del que se le suele atribuir. Inspirándome en Ricardo Caracciolo, sostendría un contraejemplo: un orden jurídico que con carácter metódico, sistemático y explícito practique el exterminio de un grupo racial o cultural y que por hacerlo *precisamente* así consiga una elevada eficacia en sus resultados, no aparece como preferible a una situación de caótica regulación normativa, irregularmente aplicada por agentes corruptos y entre cuyas rendijas de torpeza y ruindad quepan mayores posibilidades de escapar de los asesinatos, expolios, torturas, etc. Me permito citar a Tocqueville cuando comparaba a la Francia dotada de una administración profesional y rigurosa en comparación con la española, en manos de déspotas e ignorantes: "España (decía) no ha alzado cadalsos como Francia. El terror ha sido el que podía ser en la Península, en un país sin centralización, sin unidad. Falta de cadalsos, pues, pero degollaciones" (Tocqueville, 1989: 365). Esa es la idea: en la medida de que fuesen menos las desordenadas degollaciones que los metódicos guillotinos, puede preferirse razonablemente la vigencia de la *faca* frente a *Mme. Guillotine*.

En cuarto lugar, destacar que las concepciones sustantivo/necesarias en la línea de Dworkin, incurren en lo que llamaría una aproximación sobreinclusiva de los procedi-

mientos jurídicos pues éstos, en la medida en que contribuyan a la construcción de discursos morales, concurren en el proceso como uno entre otros más –y ni siquiera como el decisivo– de los ámbitos de ejercicio del uso público de la razón. Finalmente, en relación con la tesis de Ferrajoli, tan sólo me limitaré a dejar constancia de mi desconfianza sobre el éxito de la empresa de axiomatizar la inferencia de los contenidos positivos a desarrollar legislativamente a partir de los indecibles constitucionales. En definitiva, todos estos inconvenientes, excepción hecha de la aproximación de Guastini (Guastini, 2000: 15 y ss.), creo que comparten el problema de sostener tesis objetivistas en materia moral o la de mantener tesis cognoscitivistas en teoría de la interpretación jurídica (o las dos), tanto respecto de los enunciados interpretativos en sentido estricto como, y especialmente, de los subsuntivos.

c) Defensa del carácter inderrotable de las (genuinas) normas constitucionales.

Estas cuestiones me llevan al tercer y última cuestión a comentar. Me refiero a la denominada "contradicción –casi– flagrante" de sostener la tesis de pretender que los principios constitucionales son abiertos, *prima facie* o derrotables "sea que esa idea se exprese en términos lógicos, en términos

semánticos o en términos de relevancia práctica" y que los contenidos de las normas dictadas por las autoridades constituidas están *normativamente* delimitados por los principios de una constitución. Nuevamente, el centro de gravedad de esta cuestión se refiere al sentido que se le otorgue al adverbio "normativamente". La idea que entiendo incluida dentro del mismo es la idea de considerar que los principios constitucionales –y significativamente los derechos fundamentales– son normas genuinas (Redondo, 1988) que, en alguna medida relevante, puedan ser consideradas como normas no derrotables. Cuando surja algún conflicto entre dos principios constitucionales, procederá su ponderación a los efectos de revisar dichos principios a fin de que resulten recíprocamente compatibles y esta revisión tendrá el carácter de no derrotable. Como señala Moreso (2005), esta manera de actuar garantiza el control racional sobre la ponderación y la compatibilidad entre ponderación y subsunción y es "la única forma de huir del particularismo" (Moreso, 2005: 115).

Sin embargo, creo pausable sostener con Celano (2002) que este intento no consigue sus objetivos de proponer una vía alternativa a la visión particularista de la ponderación de principios constitucionales en conflicto. El fracaso en la justificación de una "revisión

estable" de los principios constitucionales se produce porque la técnica del *distinguishing*, consistente en dar cuenta de los casos anteriores mientras que se delimita un nuevo caso más fino que aquéllos, deja permanentemente abierta la posibilidad de determinar como derrotable a cualquier principio constitucional. El recurso último a una tesis de relevancia última de los principios que instituyese su no derrotabilidad exigiría una reformulación ideal de los principios que tenga en cuenta *todas* las propiedades potencialmente relevantes y esta posibilidad de disponer de una tesis de relevancia última es la que no se da, al menos, en términos racionales. En definitiva, nos encontramos ante una argumentación que, en último término, ha de recurrir a intuiciones y principios morales controvertidos mediante los que ir construyendo *casos paradigmáticos* que se ofrecen como principios provisionalmente no derrotables. En la medida en que no se produzca una innovación en el caso paradigmático se operará una limitación en la posibilidad de creación de determinados contenidos de normas por parte de las autoridades del sistema. Sin embargo, no hay garantía definitiva de dicha estabilidad. En definitiva, no veo contradicción en la *pretensión* de que el Derecho establezca *normas* para controlar a dichas autoridades constituidas por la constitución y que, en ocasiones, no lo consiga. Esta observación se pre-



sentaría como una descripción de las limitaciones de la racionalidad jurídica y es preferible descubrir las fronteras de su posibilidad que, simplemente, ignorarlas porque no son satisfactorias.

## BIBLIOGRAFÍA:

Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

Celano, Bruno: «"Defeasibility" e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili» en *Diritti & questioni pubbliche*, núm.2, agosto, 2002, págs. 34-46.

Díaz, Elías: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª edición, Madrid: Taurus, 1981.

Escudero Alday, Rafael, *Positivismo y moral interna del Derecho*, prol. Gregorio Peces-Barba, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoria del diritto e de la democrazia*, vol. 1. *Teoria del diritto*, Roma-Bari: Laterza, 2007.

Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, prologado por Norberto Bobbio, trad. Perfecto Andrés Ibañez y otros, 2ª edición, Madrid: Trotta, 1997.

Fuller, Lon: *La moral interna del Derecho*, trad. F. Navarro, México: Trillas, 1967.

Guastini, Riccardo: "Implementing the Rule of Law" en *Analisi e Diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura de Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, 2001, págs. 95-103.

Guastini, Riccardo: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell, México: Porrúa-UNAM, 2000.

Guastini, Riccardo: *Distinguiendo. Estudios de teoría metateoría del derecho*, trad. Jordi Ferrer, Barcelona: Gedisa, 1999.

Hierro, Liborio: "El imperio de la ley y la crisis de la ley" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 1996, págs. 287-308.

Hierro, Liborio: "Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, págs. 449-476.

Kelsen, Hans: *Teoría pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, México: UNAM, 1983.

Kelsen, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, México: UNAM, 1995.

Kennedy, Duncan: *A Critique of Adjudication*, Cambridge: Harvard University Press, 1997.

Laporta, Francisco: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta, 2007.

Laporta, Francisco: "Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 1999, págs. 321-330.

Laporta, Francisco: "Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 15-16, Vol. I, 1994, págs. 133-145.

MacCormick, Neil: *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2007.

MacCormick, Neil: *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford: Oxford University Press, 2005.

Moreso, Jose Juan: "Conflictos entre principios constitucionales" en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)* Madrid, Trotta, 2005, págs. 99-121.

Nieto, Alejandro: *Balada de la Justicia y de la Ley*, Madrid: Trotta, 2002.

Prieto, Luis; "*Principia iuris*: Una teoría del Derecho no (neo) constitucionalista para el Estado constitucional", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, págs. 325-353.

Raz, Joseph: *Razón práctica y normas*, trad. Juan Ruíz-Manero, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Redondo, M. Cristina: "Reglas "genuinas" y positivismo jurídico" en *Analisi e Diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura de Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, 1998, págs. 243-276.

Ródenas, Ángeles: "La concepción de la autoridad como servicio puesta a prueba", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2006, págs. 177-193.

Tocqueville, Alexis de: *La Democracia en América*, trad. Eduardo Nolla, Madrid: Aguilar, 1989.



# SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA JUDICIAL

*María Cristina REDONDO*

## 1. Introducción

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

En mi opinión, si esta concepción es válida debería ser aceptada –por coherencia– también respecto de la justificación de la premisa normativa de la sentencia. En tal sentido, lo



que haré en este trabajo es aplicar esta perspectiva a la solución de la así llamada *quaestio iuris*, y explorar la imagen que emerge de la motivación jurídica de la decisión judicial cuando se acepta una concepción cognitivista del proceso.

Cuando se habla de *la* justificación de la decisión judicial, se suele hacer referencia sólo a la decisión final o dispositivo con que se cierra el proceso judicial. No obstante, los jueces, al resolver los casos que se les presentan, toman múltiples decisiones y, ciertamente, desde un punto de vista ideal todas ellas deberían ser justificadas<sup>1</sup>. El análisis más usual de la decisión final de un juez pone de relieve que ella comporta al menos otras dos decisiones que son fundamentales: la primera se refiere a la solución de la *quaestio iuris*, donde a su vez se podrían distinguir múltiples tipos de decisiones,<sup>2</sup> y la segunda tiene por

---

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

objeto la *quaestio facti*, que también presupone diversas decisiones por parte del juez<sup>3</sup>.

En la literatura sobre este tema suele distinguirse entre la justificación interna y externa de la decisión judicial. Asumiré aquí esta distinción para hacer referencia a lo siguiente. En primer lugar, las decisiones deben contar con argumentos formalmente adecuados en su apoyo. En segundo lugar, dichos argumentos deben ser sustancialmente correctos. En línea de principio, tanto la adecuación formal de los argumentos ofrecidos (i.e. la justificación interna) como la verdad o adecuación material de las premisas que inter-

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, según Riccardo Guastini (*Il diritto come linguaggio*, Torino, Giappichelli, 2001, pág. 179-183) en la decisión de la *quaestio iuris* están comprendidas decisiones referidas a la identificación de las fuentes relevantes, a la identificación de las normas atribuibles a dichas fuentes (problemas de interpretación), a la validez sustancial de la normas, como así también aquellas referidas a la resolución de problemas generados por la presencia de antinomias, redundancias y lagunas.

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

vienen en tales argumentos (i.e. la justificación externa) son requisitos estrictamente necesarios para poder afirmar que el contenido de una decisión está correctamente motivado o justificado.

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

## 2. El paradigma cognitivista del proceso judicial

El modo como se caracteriza la justificación de los diversos tipos de decisión que toma un juez al resolver un caso no puede ser ajeno al modo como se entiende el proceso judicial en su conjunto. En este sentido, un

primer punto que me interesa subrayar es que en un paradigma cognitivista, el proceso judicial en general tiene como objetivo central la búsqueda de la verdad en un doble sentido: tanto con relación a los hechos que se deben juzgar, como al Derecho que se debe aplicar. En lo que sigue intentaré destacar al menos parte de lo que esta idea comporta –(y que en consecuencia estamos constreñidos a aceptar)– y parte de lo que, por el contrario, ella niega –(y que por lo tanto estamos constreñidos a rechazar)–.

La base cognoscitiva o epistémica de la decisión sobre la *quaestio facti*, es por lo general aceptada. Tanto es así que a la premisa fáctica de la decisión del juez se la denomina directamente “premisa epistémica” del razonamiento judicial<sup>4</sup>. Esta presentación pone en contraste el carácter cognoscitivo de la respuesta a la *quaestio facti* con el carácter normativo de la respuesta a la *quaestio iuris*. De este modo, un debate típico de la literatura sobre este tema versa sobre el estatus normativo o volitivo de la resolución de la *quaestio*

---

<sup>4</sup> Guastini (*Il diritto come linguaggio*, cit, pág. 185-187) llama cognoscitiva a la premisa menor del razonamiento judicial. Sin embargo, subraya que cuando los jueces deciden no sobre hechos sino sobre la validez de una norma, tal decisión tiene el mismo status normativo (i.e. no cognoscitivo) que tiene la decisión sobre la premisa mayor del razonamiento judicial.

*iuris* como opuesto a, o incompatible con, el carácter meramente epistémico que, por hipótesis, es asociado a la resolución de la *quaestio facti*. A mi juicio, esta presentación en términos dicotómicos es errónea por partida doble.

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

clusión que se basa en lo que un Derecho preexistente requiere.

Ahora bien, al admitir que un elemento epistémico está conceptualmente incorporado en la resolución de la *quaestio iuris* no se excluye que ella no pueda ser fruto de la discrecionalidad fuerte del juzgador. No es éste el lugar para tratar en profundidad este tema, pero vale la pena subrayar que la tesis que excluye el carácter creativo en sentido fuerte de las decisiones judiciales no depende tanto de cómo sea caracterizada la decisión sobre la *quaestio iuris* cuanto, más bien, de cómo se entienda el Derecho objetivo o el sistema jurídico en el que tal decisión se basa. Por ejemplo, si concebimos el Derecho tal como Ronald Dworkin lo propone, las decisiones judiciales sobre la *quaestio iuris* tienen siempre una base epistémica y nunca suponen el ejercicio de discrecionalidad en sentido fuerte. Si lo concebimos en cambio como lo propone Joseph Raz, deberemos admitir que no hay posibilidad de discreción fuerte en casos de lagunas normativas, pero sí en un caso de conflicto o de indeterminación semántica. Si aplicamos, por su parte, las ideas de Herbert Hart, habrá que admitir que las decisiones judiciales sobre la *quaestio iuris* en los casos de vaguedad de la regla de reconocimiento serán necesariamente discrecionales en sentido fuerte. En suma, dado que no es mi

objetivo aquí defender una específica teoría sobre el Derecho en general, no defenderé tampoco ninguna de estas tesis.

En todo caso, si mi razonamiento es correcto, estamos constreñidos a aceptar que toda decisión judicial sobre el Derecho –al igual que toda decisión sobre los hechos– está conceptualmente comprometida con la realización de un esfuerzo epistémico. Sin embargo, de ello no se sigue que un elemento puramente creativo o discrecional en sentido fuerte esté excluido. Ante todo, porque los jueces pueden realizar su tarea en modo hipócrita. Pero también porque al intentar conocer el Derecho aplicable es posible que lleguen a la conclusión de que está indeterminado, que contiene lagunas o conflictos que el propio Derecho no permite resolver. En estos casos la decisión sobre la *quaestio iuris*, a pesar de apoyarse en un esfuerzo cognoscitivo auténtico, será necesariamente creativa o discrecional en sentido fuerte.

En conclusión, la idea de que en el proceso judicial se busca la verdad –tanto con respecto a los hechos como con relación al Derecho–, en primer lugar, requiere el abandono de aquellas tesis que presentan de manera dicotómica o excluyente la presencia de un elemento decisorio (o volitivo) y un elemento cognitivo (o descriptivo) ya que, por hipó-

tesis, ambos elementos están presentes en las decisiones que se toman en un proceso concebido de ese modo. En otras palabras, el hecho de que la resolución de la *quaestio iuris* sea fruto de *un acto de decisión* del juez no implica que ella no esté basada en el *conocimiento* de datos preexistentes.<sup>5</sup>

En segundo lugar, tal idea también requiere el abandono de aquellas tesis que, como consecuencia de la dicotomía antes mencionada, paradójicamente reconocen carácter “decisional” o volitivo a sólo una de las decisiones judiciales (aquélla sobre la *quaestio iuris*) y lo niegan a la otra (aquélla sobre la *quaestio facti*), atribuyendo a esta última un carácter meramente cognoscitivo o descriptivo. Si aceptamos que tanto la premisa normativa como la premisa fáctica del razonamiento judicial son fruto de una decisión por parte del juez, y, contemporáneamente, que ambas están guiadas por un objetivo epistémico, (en el primer caso conocer el Derecho aplicable y en el segundo caso los hechos en discusión)

---

<sup>5</sup> En particular, la idea de que el proceso busca establecer la verdad también respecto del Derecho es incompatible con tesis como las que propone Riccardo Guastini (*L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè. 2004, pág. 86.) a tenor de las cuales, mientras que la interpretación de los estudiosos del Derecho puede ser un ejemplo de “conocimiento”, la del juez es sólo una “decisión”.



entonces tanto la respuesta a la *quaestio iuris* como la referida a la *quaestio facti* tienen naturaleza “decisional” o volitiva pero, a la vez, deben ser justificadas sobre la base de criterios de racionalidad epistémica<sup>6</sup>.

Asumiendo que tanto los hechos como el Derecho a ellos aplicable son preexistentes a la sentencia judicial, asumimos también que las decisiones que en la sentencia se toman acerca de la identidad de los mismos, pueden ser acertadas o desacertadas, i.e. no son infalibles. Por este motivo, la exigencia de justificar el contenido de las decisiones que identifican los hechos y las normas jurídicas es justamente la exigencia de mostrar cuáles han sido las bases de tales decisiones; bases en virtud de las cuales podremos evaluar si ellas han sido correctas o no. Siguiendo a Herbert Hart, admitir que el juego que se está jugando en el proceso judicial es “el juego del Derecho” y no “el juego de la discrecionalidad del árbitro” implica reconocer que todas las decisiones del árbitro deben basarse en un esfuerzo epistémico. El test clave de la presencia de

---

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

este compromiso conceptual de tipo epistémico está dado por el hecho de que el juzgador –que ciertamente puede violarlo– no puede negarlo. Si de cualquier modo se hiciese explícito que él juega el juego de decidir sin estar guiado por el objetivo de conocer cuáles son verdaderamente los hechos y el Derecho aplicable, su acto se vería frustrado.

### 3. El riesgo de error en la identificación del Derecho

La reflexión precedente tiene una consecuencia importante sobre lo que, a mi juicio, constituye una importante simetría entre la justificación de la *quaestio iuris* y la de la *quaestio facti*. Así como en el ámbito de la prueba de los hechos diversas hipótesis pueden contar con un similar grado de confirmación, también en el ámbito de la identificación del Derecho varias hipótesis interpretativas podrían contar con un grado similar de plausibilidad. Es decir, varias hipótesis podrían contar con igual o similar sustento *racional* y, en tal sentido, estarían todas igualmente *justificadas*. Esta circunstancia es especialmente acuciante a la hora de resolver la *quaestio iuris* donde, en no pocas ocasiones, es posible ofrecer más de una interpretación plausible de las disposiciones jurídicas. En estas situaciones, a partir de distintos argumentos plau-

sibles es posible justificar la adscripción de diferentes normas a un mismo texto. Estos argumentos, ciertamente, no garantizan la verdad de las conclusiones; sin embargo, –al igual que los argumentos inductivos que dan apoyo a las conclusiones sobre la *quaestio facti*– puede decirse que las tornan jurídicamente admisibles<sup>7</sup>.

Tal como ha sido puesto de relieve con respecto a la resolución de la *quaestio facti*, si el único objetivo de un sistema jurídico fuese la disminución de errores, en el proceso judicial sería indiferente la adopción de uno cualquiera de los juicios de hecho que, por hipótesis, gozan de un grado similar de confirmación<sup>8</sup>. Ello es así porque, en tal situación, tenemos igual o similar razón para aceptar cualquiera de ellos. Ahora bien, cabe subrayar que, aun cuando dispongamos de buenos argumentos a favor de diversas opciones, ello todavía no implica que todas esas opciones sean verdaderas. En la resolución de

---

<sup>7</sup> Por ejemplo, la práctica de una interpretación literal ligada a una forma argumentativa como el “argumento a contrario” es claramente una falacia desde un punto de vista lógico. Sin embargo, se considera un tipo de argumento jurídicamente plausible y sirve a justificar decisiones sobre la identificación del derecho.

<sup>8</sup> Juan Carlos Bayón: “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, 2008, manuscrito.

la *quaestio facti* esto se ve con claridad ya que, por lo general, con relación al conocimiento de los hechos se asume la existencia de una única respuesta correcta o verdadera. En efecto, tal como afirma J. C. Bayón, decir que hipótesis rivales sobre los hechos tienen el mismo grado de confirmación es tanto como decir que tienen la misma probabilidad de ser *falsas*.<sup>9</sup> Es decir, tienen igual probabilidad de no captar la respuesta correcta. En tal caso, es cierto que el criterio para elegir entre estas hipótesis rivales no puede ser un criterio de *racionalidad*, es decir, no puede ser el hecho que estén o no avaladas por un buen argumento. Esto es así, sencillamente, porque estamos presuponiendo que todas esas opciones superan dicho test: todas están racionalmente justificadas. Cuáles sean los criterios que determinan la elección, y si los hay, dependerá de cada sistema jurídico, y de los diversos fines que intenten perseguir mediante las reglas aplicables a la prueba de los hechos en el proceso. De todos modos, dada la presuposición de que hay una respuesta verdadera y de que todas las hipótesis racionalmente justificadas tienen igual probabilidad de no captarla, es de augurarse que quienes diseñen las reglas de decisión lo hagan guiados, entre

---

<sup>9</sup> Cf. Juan Carlos Bayón, (“Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, cit.) El subrayado es mío.

otros, por el objetivo de que los juzgadores puedan alcanzar la verdad mediante la aplicación de tales reglas.

Como toda regla, las reglas de decisión que indican cómo seleccionar entre opciones que cuentan con igual grado de justificación racional distribuyen de un determinado modo un bien o una carga. En este caso se trata de reglas que distribuyen el riesgo del error beneficiando a una u otra parte<sup>10</sup>. Por ejemplo, la regla del “*in dubio pro reo*”, o la presunción de inocencia, aplicables en el ámbito penal son reglas de decisión que, ante hipótesis con similar grado de confirmación, determinan que se debe elegir a favor del imputado. Se trata obviamente de reglas de justicia, que distribuyen el riesgo del error sobre la base de un compromiso con ciertos valores. Sin embargo, no por ello están desconectadas del valor de maximizar el acercamiento a la verdad. En consonancia con lo que señala Luigi Ferrajoli, puede afirmarse que el valor en el que se apoyan estas reglas es todavía el valor de la verdad, ya que con ellas se minimiza el riesgo de dar por probadas hipótesis acusatorias falsas. En otras palabras, la especial protección que el Derecho

---

<sup>10</sup> Cf. Juan Carlos Bayón, “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, cit.

ofrece a los imputados está ciertamente fundada en un objetivo político-moral que, en este caso, es el de disminuir los errores en la mayor medida posible.

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

Las apreciaciones anteriores permiten observar un punto adicional con respecto a la determinación de la *quaestio iuris*. Aplicando

extensivamente la idea de J.C.Bayón, un sistema que no prevé reglas que indiquen cómo decidir entre opciones interpretativas igualmente justificadas es un sistema insensible al modo en el que se distribuye entre las partes el riesgo del error en la identificación del Derecho. O, dicho de otro modo, es un sistema para el cual es indiferente qué interpretación elija el juez, siempre que la elección se haga entre dos o más opciones que cuenten con argumentos igualmente plausibles a su favor. Una vez que se advierte el carácter “no estricto” de los argumentos justificativos que avalan la decisiones sobre la *quaestio iuris* y, sobre todo, el hecho que los argumentos disponibles, lejos de restringir, amplían la gama de respuestas admisibles, la conclusión será que un sistema que no prevé reglas que indiquen cómo identificar el Derecho deja tal decisión librada a la discrecionalidad fuerte del juez.

A mi juicio, que las cosas estén o no de este modo, más que de las efectivas normas pertenecientes a un Derecho positivo, depende del concepto de Derecho que manejemos, o de la teoría general que asumamos respecto de él. Si respecto de la identificación sus normas un sistema no cuenta con reglas de decisión o criterios de cierre que permitan distinguir entre una respuesta correcta y una incorrecta, significa que tal sistema no cuenta con crite-

rios últimos de validez. Es decir, no existe en él lo que se suele denominar “regla de reconocimiento”. Ciertamente, la tesis de que en el Derecho no existe algo así como una regla de reconocimiento no es una tesis extraña; al contrario, es una idea defendida por más de una teoría y por distintas razones. Algunas la defienden explícitamente<sup>11</sup>, y otras implícitamente<sup>12</sup>.

En cualquier caso, si asumimos que el Derecho es una institución sensible a la distribución del error en su identificación nos comprometemos con ciertas restricciones. En primer lugar, estamos asumiendo que el Derecho –explícita o implícitamente– contiene criterios que permiten determinar cuáles son las normas válidas, i.e. el Derecho contiene una regla de reconocimiento. Consecuentemente, asumimos también que las normas válidas no son necesariamente aquellas a favor de las cuales se pueden ofrecer buenos

---

<sup>11</sup> Por ejemplo, Jeremy Waldron y también todas las teorías escépticas sostienen explícitamente que en el Derecho no existe una cosa tal como la regla de reconocimiento.

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



argumentos, sino las que efectivamente satisfacen los criterios de validez. Contar con buenos argumentos a favor de una interpretación no es un criterio de validez. Es decir, no permite inferir que dicha interpretación sea correcta. Los buenos argumentos son sólo instrumentos cuya función es justificar una conclusión muy específica: que las normas identificadas satisfacen los criterios de validez del sistema de referencia. En resumen, afirmar que un sistema jurídico es sensible a cómo se distribuye el error en su identificación implica asumir que la articulación de argumentos plausibles a favor de una interpretación normativa no es suficiente para afirmar su validez. En sentido inverso, afirmar que la articulación de argumentos plausibles es suficiente –o lo único que debemos hacer– para identificar las normas válidas implica asumir que el Derecho no contiene criterios para decidir y que no es sensible a cómo se distribuye el error en su identificación.

#### 4. El contenido normativo de las disposiciones jurídicas

Hasta aquí he tratado de defender que tanto la decisión concerniente a la *quaestio facti* como aquella concerniente a la *quaestio iuris* deberían estar basadas en la búsqueda de la

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

No intento sostener que todos los conceptos son normativos. Palabras como “adquisición”, “automóvil” o “animal” no expresan conceptos intrínsecamente normativos como

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

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

que dicho antecedente esté expresado en términos neutrales.

Puede todavía sostenerse que existe una diferencia relevante entre conectar consecuencias deónticas a supuestos de hecho presentados en términos neutrales o meramente descriptivos, y conectar consecuencias deónticas a supuestos de hecho que contienen términos en sí mismos valorativos. Por ejemplo, tomemos el caso de la disposición “Toda persona mayor de 18 años podrá disponer sobre la donación de sus órganos” y la disposición “Está permitida la donación de órganos por parte de personas que tengan suficiente madurez”.

Ciertamente existe una gran diferencia entre justificar la aserción “Mario es mayor de 18 años” y justificar la aserción “Mario tiene suficiente madurez”<sup>13</sup>. Sin embargo, cabe recordar que no estamos hablando de la identi-

---

<sup>13</sup> Este juicio de subsunción individual es parte de la premisa menor del razonamiento que justifica la decisión final del juez. Algunos autores sostendrían que si el supuesto de hecho es definido en términos valorativos, entonces no puede ser objeto de prueba. Por ejemplo, Marina Gascón Abellán, (*Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Barcelona, Marcial Pons. 1999, págs. 81-82) y Jordi Ferrer Beltrán (*Prueba y verdad en el Derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2002, pág. 57).

ficación del contenido de estas expresiones acontextualmente, sino en el momento de decidir una *quaestio iuris*. En tal contexto, para determinar cuál es el supuesto de hecho al que el derecho conecta la consecuencia normativa, los jueces no disponen sólo del argumento de la interpretación literal sino que pueden recurrir a diversas estrategias interpretativas, como la analogía, la apelación a principios jerárquicamente superiores del ordenamiento, o directamente a consideraciones de justicia.

Concretamente, por ejemplo, con relación a una disposición como “Toda persona mayor de 18 años podrá disponer sobre la donación de sus órganos”, se ha sostenido que para determinar lo que ella prohíbe no cabe simplemente razonar “a contrario”, es preciso también tener en cuenta los valores subyacentes a la misma: entre otros, la protección de la vida del donante, que en cierta medida se pone en riesgo, pero también la del destinatario<sup>14</sup>. Cuando exista la certeza de que esta última se perderá, a menos que la donación se realice en tiempo útil, cabe entender que prevalece la

---

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

protección de la vida de quien necesita el trasplante.

En suma, en los casos en que la donación aparece como único medio para salvar la vida del destinatario de la misma, la disposición citada no prohíbe la donación de órganos a los menores de 18 años. Ciertamente, interpretado de este modo, el supuesto de hecho al que se conecta la prohibición de donar órganos no es “tener menos de 18 años”; en realidad, es algo así como “tener menos de 18 años y que el daño que se evita con la donación no sea mayor que el que con ella se provoca”. Lo que hicieron los jueces al decidir la *quaestio iuris* de este modo no permite afirmar que el contenido conceptual de expresiones como “menor de 18 años” o “mayor de 18 años” es en sí mismo evaluativo; sin embargo, confirma que el contenido conceptual del supuesto de hecho de una disposición jurídica sí lo es. El hecho de que la apelación al significado de las expresiones sea sólo una de las estrategias argumentativas disponibles para identificar el Derecho es suficiente para mostrar que, aun cuando el supuesto de hecho de una disposición jurídica esté expresado en términos con significado meramente descriptivo, de ello no se sigue que la identificación del supuesto de hecho de la norma sea una empresa meramente descriptiva. Sencillamente porque la identificación del supuesto de hecho de la norma

no es (al menos, no es únicamente) función del significado de los términos en los que se expresa.

Este es uno de los puntos en el que la teoría “escéptica” de la interpretación ha siempre insistido. Aun cuando se admita que hay expresiones, como por ejemplo “menor de 18 años”, cuyo *significado* ordinario puede ser conocido directamente sin necesidad de interpretación, debe admitirse también que el Derecho no es necesariamente función del *significado* ordinario de las palabras en las que se expresa. Es posible –y de hecho los jueces permanentemente lo hacen– atribuir al Derecho contenidos que se alejan notablemente del significado ordinario o convencional de los textos en los que se expresa. Ahora bien, el error de la teoría escéptica reside parcialmente en no advertir que tomar en serio este dato no nos exime de la necesidad de también tomar en serio el dato justificado en el apartado precedente. Es decir, que todo el proceso judicial –incluido el momento de identificación del Derecho– está conceptualmente comprometido con una pretensión cognoscitiva. Si esto es así, entonces, los múltiples argumentos a los que se puede apelar para justificar el contenido asignado a las disposiciones jurídicas deben ser presentados como instrumentos de tipo epistémico que, si bien en modo condicional y con carácter meramente

probable, nos permiten obtener conclusiones acerca de cuáles son las normas que tales disposiciones expresan.

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



quier decisión judicial sobre el Derecho es admisible, siempre que esté oportunamente argumentada<sup>15</sup>.

En resumen. En las reflexiones precedentes ha intentado defender los siguientes puntos. En primer lugar, que las decisiones tomadas por los jueces en la sentencia, sea sobre la *quaestio facti*, sea sobre la *quaestio iuris*, o sobre el caso individual, si bien son necesariamente evaluativas, presuponen conceptualmente un compromiso cognoscitivo. Por esta razón, en segundo lugar, la exigencia de motivar o justificar estas decisiones judiciales no consiste simplemente en ofrecer argumentos a favor de los contenidos de las mismas. Ofrecer argumentos es indispensable en la medida en que se supone que ellos nos permiten acceder, en la mayor medida posi-

---

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

ble, a la verdad (i.e. a los hechos tal como son, al derecho tal como es)<sup>16</sup>.

## 5. Sobre la necesidad de un acto de justificación racional

La exigencia de justificación o de motivación no puede ser vista como una exigencia de racionalidad sin aditamentos. En el caso de la justificación de la respuesta a la *quaestio iuris* se trata de un ejercicio de racionalidad epistémica relativo a un determinado derecho o, si se quiere, de justicia *en la aplicación de la ley*. Por tal motivo, puede afirmarse que la justificación que los jueces ofrecen de sus decisiones tiene siempre valor instrumental y subordinado. El valor principal de la forma de argumentación más estricta, (i.e. aquella lógicamente válida), reside en que ella garantiza la preservación de la verdad, es decir, su principal valor es dependiente del valor de verdad de los contenidos a partir de los que se argumenta. Aunque en medida menor, lo mismo cabría decir respecto de aquellas formas argumentativas no deductivamente váli-

---

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

das que no garantizan que la conclusión conservará el valor de verdad de las premisas, pero lo hacen probable. Aplicando categorías muy conocidas, puede sostenerse que las estrategias o formas argumentativas disponibles para la justificación de la *quaestio iuris* (sean o no deductivamente válidas) no son modelos de justicia procedimental pura. Las conclusiones avaladas no son correctas por el mero hecho de que se alcanzan siguiendo tales formas argumentativas. En todo caso, ellas funcionan como modelos de justicia imperfecta y presuponen la existencia de criterios de validez independientes, que determinan cuál conclusión es correcta y cuál no lo es. Si estos criterios de validez no existen, en primer lugar, habrá que dar la razón a la concepción escéptica. Es decir, habrá que admitir que podemos argumentar de múltiples maneras plausibles, avalar resultados contrastados, y que todos ellos son igualmente válidos. En segundo lugar, habrá que admitir que, en este caso, el sistema es insensible al modo en el que se distribuye el riesgo del error en la identificación del Derecho.

Ahora bien, si lo que realmente importa es la verdad (o la respuesta más plausible posible) acerca de cuál es el Derecho válido, puede ponerse en duda que el juez deba siempre *justificar* la identificación que hace de las normas jurídicas. Si la verdad es evi-

dente o clara, es decir, si la respuesta a la *quaestio iuris* es fácil ¿Es necesario justificar tal respuesta? Por ejemplo, a una conclusión negativa se llega cuando se entiende que la justificación de la decisión judicial se refiere en realidad a la decisión final o norma individual. Desde esta perspectiva, la justificación de la decisión sobre la premisa normativa es parte de la justificación de aquella decisión final (la llamada “justificación externa”) y que resulta necesaria sólo cuando se presentan dificultades. Por ejemplo, cuando no es clara la validez formal de un documento normativo, cuando hay varias interpretaciones plausibles, cuando hay antinomias, redundancias o lagunas<sup>17</sup>.

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

---

<sup>17</sup> Cf. Riccardo Guastini *Il diritto come linguaggio*, cit., pág. 177.

siempre se requiere que los jueces lleven a cabo un *acto* de justificación en el que se articule un argumento para avalar el resultado propuesto.

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

supone que –al menos en los casos claros–, puede conocerse directamente, inclusive sin necesidad de interpretación, se supone también que es suficiente con que el contenido de la decisión de la *quaestio iuris* esté objetivamente justificado, sin que se requiera un acto de justificación por parte del juez<sup>18</sup>.

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

Al menos parte del sentido de la justificación que debe ofrecer un juez está en que ella da la oportunidad de controlar y criticar las razones por las cuales el juzgador sostiene

---

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

que una determinada respuesta a la *quaestio facti* o *iuris* es la más plausible. Si esto es así, admitir que hay casos que pueden considerarse fáciles o simples no implica que ellos no estén sujetos a una exigencia de justificación. En todo caso, si la respuesta a la *quaestio facti* o *iuris* es clara o fácil, también lo será su justificación.

Ver las cosas en esta perspectiva permite advertir que, respecto de la resolución de la *quaestio iuris* por parte de los jueces, quizás, persiste una concepción ingenua, que en línea de principio parece haber sido superada respecto de la *quaestio facti*. En este último caso, se admite la importancia de la justificación del juez como base para controlar su conclusión sobre los hechos que a su entender han de considerarse probados. Sin embargo, no sucede lo mismo respecto de la conclusión del juez sobre el Derecho que ha de considerarse válido. Es indicativo que mientras con respecto a la prueba de los hechos se acepta una concepción no inquisitiva del proceso y se juzga vital –para el derecho de defensa y el mejor acceso a la verdad material– que las partes tengan la oportunidad procesal de presentar su propia versión de los mismos, de evaluar y de discutir lo que propone la parte contraria, con relación a la cuestión normativa, si bien de hecho las partes intervienen en la interpretación, el proceso no prevé expre-

samente un momento de diálogo o de contradicción. El Derecho se presume conocido por el juez quien, al resolver la *quaestio iuris*, no se concibe como emitiendo un *juicio* con relación al Derecho válido (juicio que podría ser más o menos acertado), sino como directamente invocando o expresando el Derecho válido. En contraste con lo que parece obvio respecto de los hechos: que ellos no entran directamente en el proceso, sino sólo a través de juicios que se refieren a ellos y que deberán ser objeto de prueba y de control, se supone que el Derecho está directamente presente en el proceso judicial por boca del juez. Se podría decir que toda la conciencia acerca del carácter indirecto y tentativo del conocimiento sobre los hechos falta con respecto al del Derecho<sup>19</sup>.

A mi juicio, esta concepción acerca de la posición del juez en el proceso, y en especial

---

<sup>19</sup> Al respecto, es interesante notar cómo algunos autores conciben la premisa mayor de la sentencia judicial como expresión directa del derecho aplicable. Por ejemplo, Eugenio Bulygin (*Norma, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995 págs. 1-18). Por el contrario, otros autores entienden que la premisa mayor en la que los jueces basan su decisión es un *juicio* mediante el cual ellos expresan su aceptación de un determinado contenido normativo. En este sentido, por ejemplo, Carlos Nino (*La validez del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1985, pág. 140) sostiene que se trata de un juicio de adhesión normativa.



acerca de su conocimiento del Derecho, explica por qué no parecen tan importantes, con relación a la *quaestio iuris*, ya sea la existencia de un acto explícito de justificación como la de criterios que guíen la decisión. No obstante, si asumimos una concepción epistémica del proceso judicial en su conjunto, no hay razón para pensar que un acto de justificación y la existencia de reglas que lo guíen sean apropiados en la resolución de la *quaestio facti* y no en la resolución de la *quaestio iuris*. Independientemente de la facilidad del caso, una adecuada motivación de la decisión sobre los hechos es imprescindible. Pero, entonces, una adecuada motivación de la decisión sobre el Derecho también lo es.

## 6. La aceptación de las reglas de la justificación

Una última y breve reflexión. La expresión “justificación” padece de un ulterior tipo de ambigüedad. Tanto la actividad como el producto de la justificación son datos externos y deben distinguirse de los procesos psicológicos internos de los agentes que justifican sus decisiones. Valiéndonos de esta distinción es posible expresar el desacuerdo entre dos modos de concebir el requerimiento de justificación. Por una parte, es posible entender que tal requerimiento se refiere sólo a un acto o

resultado externo. Por el contrario, es posible entender que el requerimiento comprende también una actitud interna, que se satisface sólo si los agentes de hecho razonan auténticamente, tratando de conocer el Derecho que deben aplicar, y los hechos a los cuales deben aplicarlo. Probablemente la misma idea puede expresarse en otros términos. En este caso, lo que se pone en cuestión es si las normas que exigen y regulan la motivación son reglas heurísticas, que buscan guiar *ex ante* un proceso de descubrimiento del contenido de la decisión, o si en cambio son reglas que sólo exigen la realización de un argumento *ex post* en el que se racionaliza una decisión a la que, de hecho, se podría haber llegado por cualquier vía, inclusive en modo intuitivo o arbitrario.

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

hacer explícito este hecho sin violar el requerimiento de decidir motivadamente, es decir, sin frustrar su acto de motivación.

Las normas que regulan la toma de decisiones –a diferencia de las que regulan comportamientos, en general– son un ejemplo claro de normas que pretenden constituir razones por las cuales actuar: requieren que sus destinatarios las tomen en cuenta en su razonamiento<sup>20</sup>. Tales normas usualmente establecen qué tipo de consideraciones es obligatorio, prohibido o permitido tener en cuenta para decidir en uno u otro sentido. Concretamente, en nuestro caso, para concluir que un determinado enunciado normativo ha de considerarse expresión de una norma válida, o que un determinado juicio de hecho ha de considerarse un enunciado probado.

Lo que sucede es que este tipo de acción *intencional* que se requiere del juez (i.e. decidir justificadamente) no es una excepción a la regla general de que toda acción definida por una específica motivación o actitud interna puede ser llevada a cabo con éxito sin que los agentes tengan efectivamente la actitud

---

<sup>20</sup> La distinción entre razones que requieren cumplimiento (*reasons for compliance*) y las razones que requieren mera conformidad (*reasons for conformity*) es presentada por Raz, en *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1990, págs.178-186.

interna que define a la acción. Es decir, puede ser llevada a cabo hipócritamente o con la actitud del *free rider*, quien explota los beneficios de una práctica instituida y en la que el comportamiento externo de los participantes normalmente va acompañado de la actitud interna que el *free rider* no tiene. Este es el caso del juzgador que ofrece razones jurídicas para justificar su decisión, pero lo hace sólo para racionalizar *-ex post-* una decisión tomada intuitivamente, o sobre la base de motivos que no serían admisibles. En tal caso, si no emerge una prueba explícita de lo contrario, se considerará que ha actuado en virtud de las razones jurídicas mencionadas, y que ha hecho todo lo que las reglas le requieren. El hecho de estar efectivamente motivado por las razones que invoca le será atribuido. Y ello sencillamente porque *-hasta prueba en contrario-* la motivación se presupone unida al comportamiento externo que el juzgador lleva a cabo.

En otras palabras, si el juez articula externamente un argumento justificativo en el que *dice* haber tenido en cuenta ciertas razones o haber seguido cierto tipo de razonamiento para llegar a una conclusión, salvo que por un medio u otro se haga explícita la ausencia de tales creencias o razonamientos, se presupondrá sincero. Por este motivo, aun cuando admitamos que un explícito acto de justifica-

ción está siempre requerido y que ello implica el requerimiento de una específica actitud interna, o el desarrollo de un específico razonamiento, el mero acto de *presentación* de un argumento será suficiente para satisfacer dichas normas ya que dicho acto está ligado a una presunción de sinceridad.

JUSTIFICACIÓN DE LAS  
DECISIONES JUDICIALES:  
UNA APROXIMACIÓN  
TEÓRICO-PRÁCTICA  
*Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ*

Una advertencia inicial: aunque las consideraciones que siguen puedan ser aplicables a la jurisdicción en general –en tanto que dispositivo institucional de resolución autoritativa de conflictos por un sujeto imparcial, con arreglo a normas de derecho– la que tomaré como referente de mi exposición será, en particular, la penal.

Puesto que estas reflexiones tienen como marco el llamado poder judicial propio del Estado constitucional de derecho, me parece oportuno asociar los juicios de dos autores acerca de éste, que tienen particular pertinencia en materia de jurisdicción. El primero pertenece a E. Schmidt, para quien “la gran idea del Estado de derecho es que desconfía de sí mismo”. El segundo corresponde a C. S. Sunstein, para quien el Estado de derecho es una “república de razones”.

Y es que la exigencia de justificación de las decisiones en contextos político-institucionales como los nuestros, expresa desconfianza y, por eso, la demanda de razones.

Lo primero es algo que produce incomodidad en el ámbito de los jurisdicentes, incluso, a veces, lleva a afirmaciones como la de que resulta contradictorio desconfiar del juez mientras se reconoce la presunción de inocencia al inculpado. Pero debería ser claro que la de juzgar, como función de poder, está expuesta al doble riesgo del error y del abuso; y que entre los dos momentos de garantía procesal-constitucional aludidos no existe ningún antagonismo. La misma razón profunda que impone al juez motivar las decisiones que afectan a derechos, es la que reclama partir de la inocencia como principio en el enjuiciamiento de las conductas posiblemente delictivas. Tratándose de actuaciones invasivas de la esfera de autonomía del sujeto, que acarrearán consecuencias seguramente irreversibles, tiene que haber *un porqué* de hecho y de derecho, suficientemente identificado y verbalizable.

El deber de motivación de las resoluciones judiciales, implica, por tanto, cierta desconfianza por principio y, en tal sentido, invierte un viejo paradigma, muy instalado en las jurisdicciones históricas, sobre todo en las altas cortes. Frente a las que, también histó-

ricamente, fue alzándose como clamor la exigencia que hoy ha dado cuerpo a ese derecho constitucional.

Así pues, se desconfía del juez porque hay buenos motivos de historia para hacerlo; porque se tiene suficiente experiencia de que la corrección de las decisiones no es algo que *va de soi*; porque el riesgo de arbitrariedad de las mismas, extraordinariamente abiertas a la influencia de la subjetividad del juzgador, es mucho más que teórico. Y hay que tratar de neutralizarlo con ese momento de peculiar *intersubjetividad* tendencial que consiste en obligar al juez a un cierto desdoblamiento, a tratar de verse autocríticamente desde fuera, en el momento de elaborar los materiales de la decisión y de decidir.

La legitimidad de la decisión judicial no se presume; no es meramente formal, o por razón de la investidura; tiene que acreditarse mediante la incorporación de una *ratio decidendi* de calidad; y, como no podría ser de otro modo, la carga de hacerlo pesa directamente sobre el juez.

Juzgar es mediar en situaciones litigiosas, para resolverlas según normas de derecho preestablecidas, con la aspiración de dar la razón a quien acredite que la tiene de su parte. Por eso justificar, en el caso del juez, es



acreditar que se ha individualizado bien el conflicto en sus rasgos caracterizadores relevantes y se ha seleccionado bien, se ha interpretado correctamente y se ha aplicado del mismo modo la regla de derecho que hace al caso.

Ferrajoli ha escrito de manera muy gráfica que el juicio jurisdiccional es «un saber-poder». Y, es que, en efecto, la sentencia es un acto de poder, pero que a diferencia de otros propios de la institucionalidad estatal, se singulariza porque debe estar dotado de un fundamento cognoscitivo.

Pero, con todo, dice bien Cristina Redondo, al fin, en el ejercicio de la jurisdicción concurre siempre un inevitable componente volitivo, decisonal. Pues, en efecto, hay algún momento en el que es preciso optar, Así, en el plano de la *quaestio facti*, se opera mediante la inducción probatoria, lo que significa que pasar de la asunción del *thema probandum* como problema a tener unos hechos como probados, implica un *salto*, que, como los que se producen en el mundo físico, comporta un riesgo, aquí de error. Y en el de la *quaestio iuris*, lo sabemos bien, por claro que resulte el referente normativo, siempre habrá en él elementos radicados, en mayor o menor medida, en el campo de lo opinable.

Pero las dimensiones volitiva y cognoscitiva no se excluyen en términos antagónicos. En el decidir jurisdiccional es posible lograr un nerudiano «caminar conociendo», es decir, dar los pasos reclamados por la decisión con una buena base de conocimiento, adquirido en virtud de la prueba. Porque cabe, y se debe optar, cuando haya que hacerlo, desde presupuestos bien establecidos, que serán tales cuando estén eficazmente acreditados, en el respeto de las reglas del juicio contradictorio.

Aquí, conocimiento relevante es sólo, en lo que hace a la cuestión de hecho (y si se exceptúa el dato notorio), el obtenido en y a través del proceso. Mientras la hipótesis de derecho, para que pueda ser acogida como tal, tendrá que haberse decantado, haber sido sometida a discusión en el juicio.

Por tanto, discrecionalidad, es cierto, en los dos planos que integran este último, pero discrecionalidad en un marco, bien descrito –también por Ferrajoli– como la escenificación de un proceso argumentativo, en el que cada una de las posiciones parciales está personificada en un sujeto distinto. Un marco reglado en sus aspectos de derecho; regido, pautado por el principio de contradicción; articulado en dos fases o contextos: el de elaboración de las hipótesis a considerar; y el

de la discusión sobre éstas para acoger la que aparezca dotada de mayor aptitud explicativa.

Las hipótesis se depuran, primero, en la fase de investigación, y después en el debate, en el que, generalmente operan en términos de alternativa; pero, cuando llega, el momento de decidir raramente se da ya entre opciones de un equivalente grado de plausibilidad.

Concuerdo con Cristina Redondo en que el vigente modelo constitucional impone al juez un compromiso epistémico fuerte, tanto en la *quaestio facti* como en la *quaestio iuris*. Un compromiso con la verdad de los hechos y del derecho. La afirmación, en esta segunda vertiente, no traduce un cognoscitivismo rudimentario. Cristina Redondo lo explica muy correctamente: la decisión en materia de derecho se mueve en un plano valorativo y normativo. Pero valoraciones y normas son las que *están* en el sistema, socialmente compartidas en una medida relevante, y pueden llegar a conocerse en términos de un saber practicable, idóneo para hacerse operativo en el marco del proceso.

Unas y otras, valoraciones y normas, tienen márgenes variables de accesibilidad. Así, en efecto, hay un sin fin de casos *fáciles* en los que el modo de operar en la interpretación será preferentemente cognoscitivo. Aunque,

es cierto, existen también los casos difíciles, desde el punto de vista normativo, cuando la disposición o disposiciones a considerar podrían acoger distintas opciones en términos relativamente abiertos. Pero no cabe olvidar que, tratándose del enjuiciamiento, aquéllas deben ser leídas en un determinado contexto de jurisprudencia y de cultura jurídica; a tenor de los hechos que las interpelan en ciertos términos; y que habrá que operar con ellas según los usos comúnmente aceptados del lenguaje común y del legal; con rigor argumental y con racionalidad epistémica justificada.

Al fin, es cierto, ni siquiera la conjunción de todos estos parámetros excluirá la discrecionalidad. Pero se tratará –como explicó Betti– de una «discrecionalidad subordinada de carácter supletorio o complementario», como lo es, en general, la ligada a la interpretación. Algo distinto de la discrecionalidad del legislador o del político, que es por lo que, con Cristina Redondo, creo que cabe hablar de una «verdad jurídica» –ciertamente, opinable– susceptible de establecerse a través de la interpretación. Esto algo que se hace todos los días en términos aceptables, en, diría, la mayoría de los supuestos que llegan a los tribunales.

En mi experiencia, los problemas en este plano no suelen ser de lectura/comprensión del lenguaje legal, sino más bien debidos a la incidencia de lo que Ross llama los «factores pragmáticos», que, por razones coyunturales, preferentemente de coyuntura política y económica, aportan una singular dimensión y un excepcional peso a los casos; e introducen en el momento jurisdiccional elementos, a veces graves, de distorsión y de presión. Éstos, normalmente, se filtran a través de precisos momentos de permeabilidad del sistema judicial a tal clase de factores. Se trata de vías de penetración presentes en la propia estructura organizativa del aparato jurisdiccional, como las representadas por la discrecionalidad de ciertos nombramientos y la consiguiente manipulación de las expectativas de los jueces, los fueros especiales, etc.

Sin el dato de la incidencia posible de estos factores ni el *caso Marey* ni el *caso Parot* ni el *caso Botín* ni el *caso Atutxa*, ni otros muchos habrían sido o serían, tan problemáticos.

La incidencia de los factores directamente atinentes a la interpretación podría/tendría que conjurarse preventivamente operando en diversos niveles del sistema. En el plano parlamentario, con una mejora de la calidad (a veces penosa) del trabajo del legislador; y con

la asunción en plenitud por parte de éste de sus propias responsabilidades, en materias en las que, a veces podría decirse, incluso, que lleva años de vacaciones. Por ejemplo, el caso de la disciplina de las interceptaciones telefónicas en nuestro país, tiene auténticas dimensiones de escándalo.

También debería operarse en el plano político-judicial, mediante la difusión de los valores que constitucionalmente cuentan, en campos tan determinantes como el de la articulación orgánica de la magistratura y la política de nombramientos. Y el de la cultura del juez, especialmente presente en el momento de la selección para el acceso a la función, y si se tiene en cuenta que el bagaje jurídico y político-cultural en general puede tener, dentro de ciertos límites, verdadera incidencia para-*normativa*.

Está asimismo el juego de las garantías procesales, cuya asunción «en serio» tendría un valor determinante desde el punto de vista de la calidad del producto jurisdiccional; del mismo modo que lo tiene en negativo su, más que frecuente, banalización.

En materia de *quaestio facti*, matizaré una afirmación de Cristina Redondo. Que el juez no tiene acceso directo a los hechos es algo claro en la perspectiva teórica. Pero no tanto

en una subcultura judicial muy extendida. Me refiero a esa que gira en torno a cierta mística de la intermediación.

Como tal mística es profundamente irracional porque se funda en cierto realismo ingenuo, para el que los hechos procesalmente relevantes existen de manera objetiva, como tales, ya fuera del proceso. Y, en esta calidad podrían ser/son *llevados* a él.

Dentro del mismo planteamiento, se considera que hay pruebas que son directas, y que, a través de lo «visto y oído» en el acto del juicio, propician una percepción *de los hechos* sin mediaciones. Confieren al juez un acceso privilegiado a los mismos, como por iluminación.

Tal modo de concebir la jurisdicción es irracional también porque sugiere que la intermediación judicial, el contacto directo del juez con las fuentes de prueba, las personales sobre todo, es *un método*, que, como tal asegura el resultado de una sólida calidad de conocimiento. (Quizá no sea casual la inclinación de los jueces a calificar de *deductivo* al obtenido a través de la prueba, entendida de esta manera).

Esta concepción se articula en torno a la idea de que el conocimiento judicial se nutre

de *datos* que tienen que ver con «lo inefable», con aquello que no puede expresarse con palabras, a los que sólo cabe acceder a través de la peculiar óptica de la *directa* percepción judicial, (supuestamente) posible merced a las pruebas de carácter personal, la de testigos, sobre todo, de la que sería particularmente importante, por lo que (presuntamente) informa, el lenguaje gestual, captado por el juez en ese contacto sin mediaciones.

Es a lo que se debe el hecho de que los demás medios de prueba, los que integran la habitualmente denotada como *indirecta o indiciaria*, sean considerados como subalternos, de inferior categoría desde el punto de vista de la calidad del conocimiento que transmiten. Hasta constituir un medio residual de información, al que sólo se acude por la circunstancia de que no hacerlo llevaría a la impunidad de muchas conductas.

Este modo de entender el asunto tiene traducción en un tópico muy asentado en la cultura judicial convencional de las impugnaciones: que la verdad fáctica, cuando ha sido obtenida merced a la inmediatez, está fuera de discusión en otras instancias, pues quién no haya «visto y oído» no podría discutir al juez que ha *conocido* de ese modo tan definitivo. Es a lo que se debe que históricamente, y aun hoy, se considere que en la



jurisdicción criminal sólo los aspectos jurídicos de la decisión pueden ser impugnados.

En la materia, la cultura judicial convencional se funda en un concepto toscamente psicologista de la libre convicción, entendida como *intime conviction*. Según esto, la convicción es algo a lo que el juez llega sin saber muy bien de qué manera. Algo que *le acontece*, un fenómeno *psicológico* que *se produce* en su interior. Como nada de lo que se relaciona con el uso del lenguaje es gratuito, tampoco me parece que lo sea el hecho de que, todavía hoy, pueda leerse en algunas sentencias que los tribunales caracterizan la propia posición o estado en el momento de resolver como *trance*. Y así, hablan del «trance de decidir», cual si el papel del juez consistiese en officiar de *médium* en la relación con algún arcano. También es frecuente que se haga referencia a las *impresiones* como la materia prima de la decisión.

Es verdad que, por efecto de la crítica, que lentamente va erosionando esta subcultura de lo jurisdiccional, existen ciertos modos de expresión que desaparecen progresivamente del lenguaje de las sentencias. Pero no cabe afirmar lo mismo de las actitudes de fondo.

En éstas, puede decirse, hay una resistencia a la aceptación del modelo jurisdiccional fundado en criterios de racionalidad epistémica. De un lado, porque sigue faltando cultura del asunto, ausente, como bien se sabe, de los textos al uso propios del procesalismo convencional, tradicionalmente desentendido de todo lo relacionado con la decisión. A ello se debe que, en ocasiones, se postule el carácter opcional de este planteamiento, como uno de los posibles en la materia, por el que el juez podría o no legítimamente decantarse: convicción racionalmente fundada, verbalizable y argumentada o *intime conviction*, una suerte de *flash* del que, no se sabe cómo, surgiría la decisión justa.

Pero asimismo cabe decir, con buen fundamento, que esa resistencia obedece también a que dotar de transparencia a las decisiones, a través de la tendencial objetivación del tratamiento del cuadro probatorio y de la justificación de las conclusiones en la materia, implica un plus de esfuerzo y un plus de exposición a la crítica. Algo que, en fin de cuentas, complica la existencia del juez.

Lamentablemente, las más altas instancias jurisdiccionales, pienso en el Tribunal Constitucional y en el Tribunal Supremo, han hecho una apuesta muy débil en favor del modelo constitucional rigurosamente enten-

dido. Algo que resulta bien perceptible del examen de la jurisprudencia en materia de motivación.

Así, es un ejemplo, el Tribunal Constitucional, en asunto tan emblemático como las injerencias en el ámbito de determinados derechos fundamentales, al discurrir en abstracto sobre lo relevante de un discurso razonado del juez acerca de los presupuestos de la decisión, suele pronunciarse de la manera más exigente, en términos de *deber*, que califica por lo regular de «inexcusable», de «indispensable» cumplimiento. Pero, sintomáticamente, para afirmar, apenas una página más adelante, que cumplir con ese modelo es (sólo) lo «deseable», y acabar dando validez a una solicitud policial *pro forma*, de escaso contenido informativo, *estampillada* con un auto *de ordenador*, también prácticamente vacío de contenido concreto, aunque, seguramente, sobrecargado de banal erudición *de disco duro*.

Y es que creo que, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, profesan un concepto demediado del deber de motivación, que se concreta –desde luego, prácticamente– en la inteligencia de que el mismo resulta adecuadamente satisfecho con una discreta, discretísima, a veces, justificación *ex post*.

Es jurisprudencia consolidada, que no existe un derecho a cierta extensión de la motivación. Que ésta –se dice– no tiene por qué ser exhaustiva. Incluso, puede valer como tal la referencia meramente indicativa a las fuentes o a los medios de prueba tomados en consideración. Se admite como buen ejercicio de motivación la que toma en cuenta únicamente la prueba de cargo. Y la ausencia de ésta, en los escasos supuestos en que se acepta como argumento de nulidad, recibe el tratamiento de falta de tutela judicial efectiva, y no de vulneración del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio que ha de vertebrar internamente todo el proceso discursivo sobre la prueba.

La motivación de las decisiones es justificación, cierto. Y como tal justificación entra en juego *ex post*. Pero para que esta dimensión del imperativo constitucional pueda operar con eficacia en ese segundo momento, el correspondiente deber de motivar tendrá que haber actuado ya *ex ante*. Se necesita que el juez lo haya asumido con honestidad intelectual, haciéndolo presidir y orientar, concreta y efectivamente, todo el curso del proceso decisional como ejercicio cognoscitivo y, *antes*, el desarrollo de la actividad probatoria, por cuya corrección el juez debe velar desde la equidistancia más exquisita.

Hacerlo así es condición necesaria para que el discurso sobre la prueba pueda mantenerse dentro de lo motivable. Para hacer que este campo y el de lo decidible sean, como realmente han de ser, coextensos: no se debe decidir lo que no se podrá motivar.

Actuar con esta conciencia bien asumida evitará la existencia de zonas oscuras en la sentencia; la desviación en el terreno de las peligrosas certezas subjetivas; los *juicios* fundados en movimientos de empatía y, con frecuencia, de antipatía; en fin, las decisiones sin buen fundamento racional.

Me parece interesante traer aquí, brevemente, unas vicisitudes judiciales, producidas en relación con esta materia y que tuvieron como marco el recurso de casación contra la sentencia de condena por delito de desacato, dictada por un Audiencia Provincial, a finales de los años 80.

Ésta describía los hechos, consistentes en que el imputado en un juicio habría insultado ante testigos al fiscal que le acusó con éxito, haciendo que fuera condenado. Inmediatamente, entraba, sin más, en los fundamentos de derecho, reducidos a la tónica declaración de que aquéllos eran constitutivos de delito. Seguía el fallo condenatorio.

El afectado recurrió en casación, por defecto de tutela, debido a la ausencia de motivación de la decisión sobre los hechos. Y la Sala Segunda del Tribunal Supremo, estimando el recurso, casó la sentencia y devolvió la causa al tribunal de instancia para que dictase otra que cubriera ese vacío de justificación.

La Audiencia Provincial lo hizo, argumentando en el sentido de no saber qué es lo que había ocurrido entre los implicados, por lo que, decía, pura y simplemente, la decisión debía ser absolutoria.

Pues bien, ahora fue el fiscal quien se dio por aludido y promovió un recurso de casación; también por vulneración, en este caso, de su derecho a conocer el porqué de la desestimación de la pretensión acusatoria. Y, en efecto, obtuvo una sentencia favorable, que implicó la devolución de la causa al tribunal provincial para que subsanase tal déficit de justificación. Éste lo hizo, manteniendo la absolución, después –decía– de haber «procedido a nuevas, profundas y meditadas deliberaciones [...] a un nuevo análisis de la prueba y a valorar de nuevo las declaraciones...». Algo que, ciertamente, se quedaba en esta simple manifestación, aceptada ahora por la acusación pública, con lo que el asunto quedaría cerrado.

La anécdota me parece sumamente interesante, porque ilustra sobre aspectos esenciales de la subcultura judicial heredada; sobre el porqué de algunas de las dificultades de aceptación del deber de motivar; y también sobre la eficacia de éste como garantía de la calidad de la decisión, aunque sólo sea porque hay decisiones que no se pueden motivar, y el simple honrado intento de hacerlo llevaría al tribunal a la evidencia de la imposibilidad y a reorientar el sentido de la resolución. Algo que difícilmente podría ocurrir en el caso de una de esas sentencias dictadas a partir de las *impresiones* holísticamente obtenidas del juicio, como por iluminación.

El tribunal provincial, es claro, nunca hasta entonces se había visto en la necesidad de justificar en sus sentencias la decisión sobre los hechos, y tampoco había tenido el menor problema al respecto. En efecto, la resolución afectada por las vicisitudes que acabo de relatar respondía fielmente al estándar preconstitucional, mantenido invariable en sus constantes en el modo de operar de un alto porcentaje de tribunales, incluso a bastantes años de la entrada en vigor de la Constitución. Eran muchas las sentencias que reproducían fielmente ese cómodo y hermético antimodelo, en el que la *ratio decidendi*, en la práctica totalidad de sus aspectos, sobre todo los de carácter fáctico, permanecía

“incógnita” en la conciencia del juzgador, como se decía –mejor, se reclamaba– por la más alta instancia. Y no pocas aquellas en las que la motivación no pasaba de ser la presentación *pro forma* de algunas conclusiones de síntesis, cuyas premisas permanecían generalmente elididas.

Es a la luz de estas consideraciones como se entiende la actitud del tribunal provincial de referencia. En la que, junto a un claro punto de enfado bien advertible, había también patente perplejidad. Lo primero, explica, a mi juicio, en una parte, la decisión de absolver: «no queréis una condena así (de las de siempre)... pues tomad absolución» (al fin y al cabo, también de las de siempre). Pero había más. En concreto, un problema de técnica, pues ¿cómo verbalizar –por primera vez– *las razones* de la atribución de valor convictivo a una prueba? ¿Cómo explicar por qué o por qué no se cree a un testigo? Este problema, según ha podido verse, seguía estando presente en el modo de *justificar* la sentencia que puso fin al litigio, pues todo lo que por ella podía saberse era que la sala había hecho un notable esfuerzo de reflexión sobre la prueba.

Los jueces de formación convencional tenían algún bagaje en lo relativo a la motivación de la cuestión de derecho. Al menos,



estaban advertidos de que podía ser materia problemática, abierta al juego de las posiciones doctrinales, al haber sido formados en una cierta cultura de la interpretación, apta al menos para aportar esa conciencia. Y también gozaban de práctica en la materia, aunque sólo fuera por contagio de los hábitos de la doctrina. Lo cierto es que las decisiones, si no con justificación de los hechos probados, sí contaban con un campo de «fundamentos de derecho», en los que era habitual dejar constancia de los presupuestos de esa índole sustentadores del fallo. Aunque demasiadas veces, se tratase de discursos elaborados más *ad eruditionem* que con auténticas pretensiones argumentativas. Algo, además, explicado en parte por el hecho de que los *superiores* lo eran, no sólo en el orden jurisdiccional, sino también –o fundamentalmente– en el *ranking* de la carrera, siendo al fin, los encargados de administrar las expectativas de esa clase de los jueces. Y, por tanto, interlocutores implícitos de éstos, bien sabedores de que la calidad de sus sentencias (o mejor el grado de adaptación de las mismas a los criterios del vértice jerárquico) sería un mérito para la promoción.

En cambio, decidir en materia de *quaestio facti*, ya lo he dicho, fue siempre una cuestión de conciencia, de conciencia íntima, que es lo que permitía hacerlo «sin sujeción a pauta,

regla ni cortapisa», según el tenor literal de alguna sentencia de la casación penal, no muy lejana en el tiempo.

Por eso –cabe afirmar– hace no más de un par de décadas, no existía entre nosotros verdadera cultura de la motivación en tema de hechos. O, peor aún, en el punto de partida del último tramo del proceso de evolución que llega hasta nosotros, lo constatable era una generalizada actitud reactiva en la materia. A lo que se unía la falta de conciencia, incluso, de que tal estado de cosas pudiera representar un déficit y un problema.

Además, como he dicho, las actitudes resistentes, sobre todo si traducidas en ejercicios de *motivación* hábilmente elusivos, han tenido a su favor las posiciones poco exigentes de las altas instancias jurisdiccionales sobre el particular. Y esto, como no podía ser de otro modo, ha contribuido, y contribuye aún hoy, a su indeseable permanencia.

Ahora bien, igualmente es necesario decir que en el periodo de tiempo que acaba de señalarse, en significativos sectores de la magistratura se ha abierto camino una seria cultura de la motivación. Sería en el propósito de dar cumplida satisfacción al deber constitucional; y sería en el esfuerzo por acceder a los recursos teóricos necesarios. Aunque,

lamentablemente, estas actitudes no han tenido la correspondencia que era exigible en el esfuerzo sostenido de las instancias de formación. Es por lo que la honesta asunción del «compromiso epistémico» en este campo convive con deficiencias formativas y técnicas, que el juez preocupado tendrá que subsanar por su cuenta, acudiendo a bibliografía que, por fortuna, hoy es bastante asequible.

Una clara manifestación de ese déficit técnico se hace presente en el caso de la justicia penal, ya, simplemente, en la propia ubicación de la motivación sobre los hechos en el cuerpo de la sentencia. Lo habitual es que no se aborde en un campo de ésta suficientemente diferenciado, en un espacio específicamente destinado a discurrir sobre el desarrollo de la prueba y sus resultados. Por el contrario, lo más normal es que esto se haga, y muy limitadamente, sin particular rigor metodológico, al tratar de la autoría, para explicar por qué se considera que ésta debe o no atribuirse al imputado. Con lo que resulta que la materia probatoria no se aborda como cuestión atinente ya a la misma existencia del hecho, sino que aparece sólo contemplada en un aspecto regional de éste, con el resultado de dar por presupuesta la prueba del mismo como tal.

Por otra parte, es patente que sigue en vigor la tónica concepción silogística de la sentencia, sobre todo en un sentido, que es el que se concreta en la idea de que establecidas ciertas premisas, la relación entre ellas para llegar a la conclusión se produce y opera como por mera yuxtaposición. Es lo que explica que con extraordinaria frecuencia los jueces y tribunales presenten, por un lado, los hechos probados, y, por otro, (algunos de) los fundamentos probatorios, cual si ello bastase, es decir, como si la derivación de aquéllos de éstos brotase del simple compartir objetiva, *especialmente*, el mismo discurso. Tanto es así que no es infrecuente el caso de tribunales que llenan páginas con el contenido de las declaraciones, mera traslación del acta del juicio, como si ese modo de presentación *en bruto* fuera *argumento* bastante de una decisión, al fin, adoptada operando selectivamente sobre determinados aspectos de ese material.

El modelo silogístico, no hay duda, tiene su funcionalidad; sirve en el plano de la justificación interna y para comprobar si efectivamente la sentencia, una vez construida, *funciona* como aparato argumental. Pero no la explica ni la capta en su dinamismo, ni tampoco da cuenta de su proceso de formación.

Sí lo hace, en cambio, el modelo propuesto por Ferrajoli, que ve en la sentencia el juego de tres inferencias: una inductiva, otra deductiva y un silogismo práctico.

En este esquema, la inferencia inductiva, que discurre enteramente en el plano fáctico y opera sólo con datos de esta índole, tiene como premisas los elementos de juicio integrantes del cuadro probatorio, y que son fruto de la utilización de los distintos medios de prueba propuestos por las partes y llevados al juicio. Y, como conclusión, los hechos que se consideren probados, por ejemplo, que Fulano ha matado a Mengano.

La inferencia deductiva tiene como premisas: esta última afirmación, es decir, la decisión del juicio de hecho; y la constituida por el precepto legal en el que, eventualmente, la acción de que se trate fuera subsumible. Aquí, el artículo del Código Penal que establece que la acción de matar integra el delito de homicidio. De este modo, la conjunción de ambas premisas (fáctica una, jurídica la segunda) llevará a una nueva afirmación: Fulano ha cometido un delito de homicidio.

En fin, el tercer plano de la sentencia lo forma un silogismo práctico, con dos premisas de índole normativa, de las que la primera es la conclusión de la anterior inferencia (Fulano

ha cometido un delito de homicidio), y la segunda está dada en el precepto que asigna una pena a esta conducta. El juego articulado de ambas (la norma general y la norma individual, para el caso) llevará a una conclusión que es la condena de Fulano, como homicida, a cierta pena.

Este proceso discursivo suele tener una expresión aceptable en la sentencia estándar, en lo relativo a la *quaestio iuris*. A partir de los hechos probados, es normal que se razone de manera bastante acerca del porqué y cómo la previsión típica se plasma, en su caso, en la acción considerada, que merece la calificación de criminal. Es, incluso, frecuente que en este campo de la sentencia se derrochen esfuerzos, perfectamente inútiles, de esa clase de erudición a la que me he referido, ahora facilitados por el recurso al socorrido instrumento informático de «copiar y pegar». Por ejemplo, son muchísimas las resoluciones en materia de delitos contra la salud pública que incluyen amplísimas consideraciones destinadas a fundar la afirmación, tan obvia, de que la heroína es una droga dura, de las que causan grave daño a la salud. O a recoger, sin el menor criterio selectivo, y venga o no a cuento, páginas de jurisprudencia *mostrenca* con el fin de justificar, por ejemplo, que la presunción de inocencia tiene hoy entre nosotros la forma jurídica de un derecho funda-

mental, olvidando luego que cuenta con importantísimas implicaciones de método, de las que se prescinde al discurrir sobre la *quaestio facti*. Un terreno éste en el que tampoco es extraño que asumido, muchas veces honesta y seriamente, el deber de motivar, falte criterio técnico sobre la manera de hacerlo.

A mi modo de ver, es imprescindible dedicar un campo de la sentencia a operar reflexiva y sistemáticamente con el resultado de la prueba, con la totalidad de los elementos resultantes del juego de los distintos medios, para construir con ellos un verdadero *cuadro probatorio*. En éste, identificadas las diversas fuentes, debería consignarse lo aportado por cada una de ellas en elementos de prueba. Se trataría de presentar analíticamente el material probatorio, con un mínimo de elaboración y con la máxima fidelidad, al objeto de que el propio juzgador, primero, y, después, cualquier destinatario de la sentencia pueda formar cabal criterio acerca de lo efectivamente acontecido en el juicio: saber con qué *mimbres* resulta obligado operar en ese plano.

Naturalmente, y puesto que el desarrollo de la prueba habrá estado regido por el principio de contradicción, es claro que el juego de éste ha de hacerse asimismo patente en el momento de la elaboración de la decisión; a

fin de que resulte posible comprobar de qué manera los distintos datos juegan a favor o en contra de cada una de las hipótesis en presencia, que es lo que hará inteligibles los eventuales descartes y también la utilización de los distintos elementos como de cargo o descargo. Así, bien identificados y expresamente caracterizados desde esta última perspectiva, deberá *cruzarse* la información que contienen, para concluir con una apreciación de síntesis.

Es de la mayor importancia llevar a cabo ese esfuerzo de verbalización, de catalogación por escrito de los elementos de juicio a partir de los cuales debe formarse la convicción. Pero importante, de entrada, para el propio juzgador, que, así, más allá de acusar el impacto (pasivo) del conjunto de *impresiones* aportado por la vista, estará en condiciones de formar conciencia crítica de lo que puede o no ser explícitamente introducido en su discurso probatorio, del que sólo deberán formar parte aquellos elementos cuya presencia en él sea susceptible de justificación expresa.

Para que la sentencia se autoexplique, tiene que haber en ella indicación suficiente de las fuentes de prueba; individualización bastante de los distintos elementos de convicción; constancia de lo que resulta del hecho de



poner a aquéllos en relación y de los criterios de inferencia conforme a los que hayan sido tratados; y del modo como, individualmente y en su conjunto, reaccionan, a su vez, en el contacto con cada una de las hipótesis a considerar.

La hipótesis acusatoria sólo podrá ser acogida si resulta confirmada por una pluralidad de pruebas, es decir, si acoge armónicamente y da sentido a los datos probatorios disponibles, sin dejar fuera alguno relevante. Y deberá ser rechazada si resulta desmentida por una prueba contraria.

He dicho antes que, en ocasiones, el modo de operar en/con la prueba que aquí se postula aparece considerado como alternativo al otro posible, el histórico (o no tanto) de la *intime conviction*. Como si lo que se presenta ante el juez en la materia fuese una opción, abierta por uno y otro, en la que él pudiera, facultativamente, moverse. Pero, si, como no parece discutible, la decisión judicial, en tanto que acto de poder, ha de contar con justificación suficiente, ésta debe ser intelectualmente honesta y ocupar el centro de la sentencia. Es por lo que, en definitiva, en el *modus operandi* que se expresa en esta propuesta hay mucho más que una cuestión de técnica procesal, porque en ella está realmente implícito un verdadero y propio modelo de

juez y de operar judicial. De juez y de enjuiciamiento que no se legitiman por razón de la investidura o del (supuesto) carisma del primero, sino por la calidad (incluida la calidad expresiva) de la inducción probatoria y del soporte jurídico de sus resoluciones.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- P. Andrés Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- M. Atienza, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.
- E. Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad, de J. L. De los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.
- M. Fernández López, *La valoración judicial de las pruebas declarativas*, «Jueces para la Democracia. Información y debate», 64, marzo/2009.
- L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 2009.

- J. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007
- M. Gascón, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- D. González Lagier, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra-Temis, Lima-Santa Fe de Bogotá, 2005.
- J. Igartua, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de G. R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, <sup>2</sup>1970.
- E. Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, trad. de J. M. Núñez, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
- C. S. Sunstein, *República.com*, trad. de P. García Segura, Paidós Ibérica, Barcelona, 2003.
- M. Taruffo, *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, <sup>3</sup>2009.

- *La motivación de la sentencia civil*, trad. de L. Córdova, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006. (Edición en preparación por Editorial Trotta).

**MARÍA CRISTINA REDONDO.** Es profesora de Filosofía del Derecho en la Universidad de Génova. Realizó sus estudios de grado en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, y se doctoró en Derecho en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Actualmente es investigadora independiente del Conicet (Argentina). Ha escrito múltiples ensayos dedicados al estudio de las normas jurídicas como un tipo especial de razón para la acción. Su trabajo de mayor envergadura sobre este tema es *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, (1996), traducido al inglés como *Reasons for Action and The Law*, (1999).

**JOSÉ MARÍA SAUCA.** Es profesor titular de filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. Es autor de diversos trabajos sobre filosofía política, derechos humanos y teoría del Derecho. Su trabajo «*La ciencia de la asociación de Tocqueville*» fue premio Pérez Serrano del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

**PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ.** Es Magistrado del Tribunal Supremo, autor de varios libros y múltiples trabajos sobre cuestiones propias de la jurisdicción. Director de la revista «*Jueces para la Democracia. Información y debate*».

## LIBROS PUBLICADOS

1. Robert Alexy: *Derechos sociales y ponderación*
2. Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso, y Manuel Atienza: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. Alfonso Ruiz Miguel y Rafael Navarro-Valls: *Laicismo y Constitución*
4. Pietro Costa y Benito Aláez Corral: *Nacionalidad y ciudadanía*
5. Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Cadau Pérez: *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. Roberto Romboli y Marc Carrillo: *Los consejos de garantía estatutaria*
8. Pedro Salazar Ugarte, Josep Aguiló Regla y Miguel Ángel Presno Linera: *Garantismo espurio*
9. Eugenio Bulygin, Manuel Atienza y Juan Carlos Bayón: *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, José Luis Piñar Mañas: *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. Francisco J. Laporta, Juan Ruiz Manero y Miguel Ángel Rodilla: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*
12. Ian Shapiro, Pablo de Lora Deltoro y Carmen Tomás-Valiente Lanuza: *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*
13. Jorge F. Malem Seña, F. Javier Ezquiaga Ganuzas y Perfecto Andrés Ibáñez: *El error judicial. La formación de los jueces*
14. M. Cristina Redondo, José María Sauca y Perfecto Andrés Ibáñez: *Estado de Derecho y decisiones judiciales*