

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD*

JUDICIAL DECISIONS: JUSTIFICATION AND RATIONALITY

Pedro CABALLERO ELBERSCI**

Resumen:

En este artículo se parte de la asunción común de que los ordenamientos jurídicos modernos exigen que las decisiones judiciales deben ser fundamentadas. Algunos filósofos del derecho, partiendo de esta exigencia práctica, han desarrollado diversas propuestas teóricas para explicar la estructura y el funcionamiento de las decisiones judiciales, pero también para ofrecer criterios de valoración que permitan determinar si cierta decisión judicial se encuentra propiamente justificada. En este artículo, en primer lugar, se reconstruyen algunas de estas propuestas teóricas y se clasifican en dos modelos diferentes: la teoría estrecha del silogismo judicial y la teoría amplia del silogismo judicial. En segundo lugar, se explicita un complicado problema que aqueja a estos modelos, a saber, la paradoja del seguimiento de reglas. En tercer lugar, se propone una manera de disolver este espinoso problema y, a su vez, de dar un paso adelante en la construcción de una nueva línea explicativa, que aquí llamaré “teoría pragmatista de las decisiones judiciales”. Por último, se ofrece una manera plausible de acomodar conceptualmente los aportes teóricos más relevantes de cada uno de los tres enfoques.

Palabras claves:

Decisión judicial, justificación, racionalidad, reglas, seguimiento de reglas, normatividad.

* Artículo recibido el 28 de febrero de 2018 y aceptado para su publicación el 6 de agosto de 2018.

** La investigación que se presenta en este trabajo fue realizada en el marco del Programa de Becas Postdoctorales del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesor e investigador en el ITAM, e-mail: pcaballeroelbersci@gmail.com

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

Abstract:

This article begins with the common assumption that modern legal systems require that judicial decisions must be substantiated. Some legal philosophers, starting from this practical requirement, have developed different theoretical proposals to explain the structure and functioning of judicial decisions, but also offer evaluation criteria that enables us to determine if a certain judicial decision is properly justified. In this article, some of these proposals are reconstructed and classified into two different models: the narrow theory of judicial syllogism and the broad theory of judicial syllogism. Secondly, a complicated problem that afflict these models, “the rule following paradox”, is made explicit. I then explore a step forward to overcome this problem and I call it the “Pragmatist Theory of Judicial Decision”. Finally, a plausible way to conceptually accommodate the most relevant theoretical contributions of each of these three models is offered.

Keywords:

Judicial Decision, Justification, Rationality, Rules, Following Rules, Normativity.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Precisiones preliminares*. III. *La teoría estrecha del silogismo judicial*. IV. *La crítica de Juan Carlos Bayón*. V. *La teoría pragmatista de las decisiones judiciales: condiciones de adecuación para la competencia normativa y la justificación*. VI. *La articulación de los aportes de cada una de las tres teorías*. VII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

El análisis que aquí se ofrece comienza desde un punto usual en las investigaciones sobre este tema. Este punto expresa que en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos existe una norma que obliga a los funcionarios judiciales a fundamentar sus decisiones. Más precisamente, se podría decir que la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos generalmente disponen: *a)* que los funcionarios judiciales deben resolver las controversias jurídicas que llegan a sus tribunales; *b)* que para resolverlas deben establecer una decisión particular; *c)* que estas decisiones particulares deben contar con una fundamentación o argumentación a su favor.

Tomando en serio estas exigencias prácticas, algunos filósofos del derecho han asumido el compromiso teórico de crear, por un lado, modelos explicativos que capturen las prácticas jurídicas en las cuales los funcionarios judiciales fundamentan sus decisiones. En otras palabras, modelos que expliquen, con cierto nivel de abstracción y generalidad, qué estructura tienen y cómo funcionan las decisiones judiciales. Por otro lado, modelos prescriptivos que indiquen cómo los funcionarios judiciales deberían fundamentar sus decisiones y cómo los demás participantes de la práctica judicial podrían valorar dicha tarea. En otras palabras, modelos que propongan criterios o condiciones prescriptivas y valorativas de acuerdo con las cuales se pueda considerar si cierta decisión judicial se encuentra o no adecuadamente justificada.

Teniendo en consideración el punto de partida y los propósitos explicativos explicitados, aquí se sostendrán, principalmente, las siguientes afirmaciones.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

En la segunda sección, que en la teoría analítica del derecho hay dos modelos acerca de las decisiones judiciales que han sido los más relevante y generalmente aceptados. Estos modelos aquí serán denominados, respectivamente, “teoría estrecha del silogismo judicial” y “teoría amplia del silogismo judicial”. De esta manera, se considerará que las propuestas explicativas más interesantes y mayormente difundidas dentro de la tradición analítica se pueden agrupar, sin pérdida de los elementos característicos relevantes, dentro de estos dos modelos generales.³

En la tercera sección, que estos dos modelos están afectados por el conocido problema de la paradoja del seguimiento de reglas. Aquí se reproducirá el argumento de Juan Carlos Bayón, que expresa, en pocas palabras, que ambos modelos están comprometidos, a través de sus nociones de justificación, con una concepción de las reglas y de la aplicación de reglas que sufre del problema del regreso al infinito al que somete la llamada “paradoja del seguimiento de reglas”.

En la cuarta sección, que en la teoría del lenguaje se encuentra una manera plausible de solucionar o, más bien, de disolver este complicado problema filosófico. En otras palabras, en esta sección se desarrollará un paso ulterior en la línea argumentativa delineada por Bayón, que consiste en proponer una solución donde este autor había puesto acertadamente un problema. De esta forma se presentarán las bases para desarrollar un nuevo modelo teórico acerca de las decisiones judiciales, que aquí llamaré “teoría pragmatista”. Particularmente en esta dirección van los esfuerzos de esta investigación.

En la quinta sección, por un lado, que cada uno de estos tres modelos enseña algo valioso acerca de las decisiones judiciales y de la manera en que estas pueden ser justificadas. Por otro lado, que estas lecciones se encuentran en niveles explicativos distintos y que, por esta razón, estas lecciones pueden ser, y deberían ser, convenientemente ensambladas o articuladas.

Pero, antes de eso, en la próxima sección, se harán algunas precisiones en cuanto al contenido de los términos técnicos que se usarán y se explicitarán algunos compromisos teóricos y meta-teóricos que

³ Uso del término “modelo” como sinónimo de un conjunto de teorías que comparten entre sí características comunes o similares.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

se asumirán en este trabajo. Esta tarea es expositivamente indispensable dada la enorme cantidad de literatura, que parte de asunciones y presupuestos diversos, que ha sido producida sobre este tema.

II. PRECISIONES PRELIMINARES

En los contextos jurídicos, la expresión “decisión judicial” sufre de ambigüedad. Esta expresión puede ser usada, al menos, en dos sentidos diversos. En un primer sentido, para referirse solamente a la conclusión particular de las controversias judiciales; en un segundo sentido, para referirse conjuntamente a la conclusión particular y a las premisas que se ofrecen a su favor. En este trabajo, con el propósito de evitar confusión, se usará la expresión “conclusión particular” para referirse al primer sentido, y la expresión “decisión judicial” para referirse al segundo sentido.⁴

Esta noción de “decisión judicial” es equivalente a un sentido comúnmente asociado a la expresión “razonamiento judicial”. Ambos son procesos o productos argumentativos en los cuales algunas afirmaciones cumplen el rol de premisas, mientras que otras cumplen el rol de conclusión. Sin embargo, la noción de “decisión judicial” no es equivalente a otros sentidos, quizá más habituales, de “razonamiento”. Algunos de estos sentidos tienen un componente adicional que no está siempre presente en las decisiones judiciales, y que es

⁴ La expresión “decisión judicial” padece, además, la conocida ambigüedad *proceso-producto*, es decir, puede ser considerada como la actividad (proceso) de expresar un conjunto de enunciados, o puede ser considerada como el resultado (producto) de dichas actividades. En otras palabras, esta expresión se refiere tanto a “la actividad de decidir y de argumentar” como a “el contenido expresado en dicha decisión y argumentación”. Me parece adecuado explicitar esta ambigüedad desde el inicio porque resulta conveniente no limitar el uso de estos términos a sólo uno de estos dos sentidos. Por otro lado, la noción de “decisión judicial” padece también la ambigüedad *proceso o producto psicológico-lingüístico*. En sentido psicológico, la decisión judicial tiene lugar en la mente de un individuo y está compuesta por un conjunto de estados mentales o actitudes proposicionales. En cambio, en sentido lingüístico, esta tiene lugar en un discurso oral o escrito y está compuesta por enunciados expresados en una lengua determinada. En este trabajo, la noción de “decisión judicial” será entendida en su sentido lingüístico.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

justamente uno de los aspectos que se intenta dilucidar si están presentes en dichos procesos argumentativos judiciales.⁵

Por último, hay otro conjunto de expresiones que tienen contenidos similares a los de “decisión judicial”, “conclusión” y “premisas” que estoy definiendo. Se trata, respectivamente, de las expresiones “sentencia judicial”, “considerandos” y “resolución”. Las sentencias son aquellos instrumentos lingüísticos, jurídicos, de carácter procesal, conformadas típicamente por dos partes: los considerandos y la resolución o parte dispositiva. Los considerandos suelen presentar las premisas ofrecidas a favor de la conclusión de las decisiones judiciales, y la resolución suele presentar la conclusión de la decisión judicial. Sin embargo, a veces la conclusión está anticipada en los considerandos o algunas premisas se encuentran en la parte resolutive. Otro problema es que las decisiones judiciales son expresadas paradigmáticamente, pero no solamente, en las sentencias judiciales. Hay otros instrumentos procesales que contienen decisiones judiciales, pero que no son propiamente sentencias judiciales.

Por otro lado, el término “justificación”, incluso cuando es asociado a esta noción de decisión judicial, también sufre de ambigüedad. Este término puede ser usado, al menos, en dos sentidos diversos. En un sentido, para referirse a las premisas presentadas a favor de la conclusión particular. Esta noción es similar a algunos sentidos comúnmente asociados a los términos “argumentación”, “fundamentación”, “motivación”. En otro sentido, para referirse a un criterio que se establece con respecto a la relación que existe entre las premisas y la conclusión. Esta noción sirve como una herramienta que permite expresar cómo se deberían fundamentar las decisiones

⁵ Esta noción de “razonamiento”, que será usada más adelante, presenta estos elementos: (i) un proceso o producto que contiene un conjunto de enunciados que se comportan como premisas o como conclusión, (ii) el cual puede ser reconstruido de acuerdo con algunos tipos de esquemas o estructuras argumentativas determinadas, y (iii) en el cual se supone que hay cierto tipo de relación más o menos astringente entre las premisas y la conclusión. Más adelante veremos qué tipos de razonamientos, según cada uno de los modelos, son requeridos para estar en condiciones de considerar que una decisión judicial se encuentra justificada. Por esta razón, me parece más adecuado usar la expresión “decisión judicial” que la expresión “razonamiento judicial”.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

y qué criterio o conjunto de criterios son adecuados para determinar si cierta decisión judicial está o no justificada.

En este trabajo se usará el término “justificación” en el segundo de sus sentidos. La razón principal para distinguir entre ambos sentidos de “justificación” es que de otra manera se corre el riesgo de caer en el absurdo de afirmar que cualquier conclusión particular de cierta decisión judicial, sólo por el hecho de contar con una fundamentación —*i.e.* con una o más premisas en su apoyo— se encuentra justificada.

III. LA TEORÍA ESTRECHA DEL SILOGISMO JUDICIAL

La tesis central de la teoría estrecha del silogismo judicial expresa que una decisión judicial está justificada si, y sólo si, puede ser reconstruida como un razonamiento deductivo en el cual su conclusión es consecuencia necesaria de, o está lógicamente implicada por, una norma jurídica general, una descripción de hechos (*i.e.* de los hechos del caso) y a veces también algunas definiciones. Una de las formulaciones más emblemáticas de esta tesis es la siguiente:

Justificar o fundar una decisión consiste en construir una inferencia o razonamiento lógicamente válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión. El fundamento de una decisión es una *norma general* de la que aquélla es un caso de aplicación. Entre el fundamento (norma general) y la decisión hay una relación lógica, no causal. Una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de una norma general (en conjunción con otras proposiciones fácticas y, a veces, también analíticas).⁶

⁶ Bulygin, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de derecho”, *La Ley*, 124, 1966. Otra de las formulaciones emblemáticas dice: “Estamos plenamente de acuerdo con su enfoque general [de Neil MacCormick] y con las principales tesis de su artículo, tales como: i) el razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo con el derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular. Esta inferencia muestra que la decisión de aplicar esas conse-

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

De acuerdo con este enfoque, una decisión judicial —premisas y conclusión— está justificada si la misma puede ser reconstruida como una estructura argumentativa subyacente, deductiva y normativa, compuesta por dos premisas y una conclusión. Una premisa de tipo normativo, llamada “premisa de derecho”, cuyo contenido expresa la norma que el juez considera aplicable a los hechos particulares del caso, y es extraída o extraíble de uno o más enunciados jurídico-normativos. Una premisa de tipo descriptivo, llamada “premisa de hechos”, cuyo contenido expresa la descripción de los hechos del caso en cuestión, y es extraída o extraíble de las pruebas ofrecidas durante el proceso judicial. Vale la pena aclarar que el contenido de esta premisa tiene por objeto una acción particular, descrita por el juez, perteneciente a la clase general de acciones prevista por la norma. Finalmente, una conclusión también de tipo normativo, que resuelve la controversia judicial prescribiendo la aplicación de una sanción, cuyo contenido expresa la consecuencia jurídica prevista por la norma para la clase general de acciones de la cual la descripción del hecho es un caso.

Este modelo, según algunos teóricos, se enfrenta a algunos problemas. Uno de ellos se desprende de la pregunta acerca de cómo se debería reconstruir la premisa de derecho y la conclusión particular de la decisión, es decir, qué tipos de enunciados deberían aparecer en cada una de ellas. Las conclusiones particulares de las decisiones judiciales, generalmente, están compuestas por enunciados normativos. Por lo que, dichas conclusiones deberían ser —hay buenas razones para que sean— reconstruidas como enunciados normativos. Ahora bien, si la conclusión de una decisión judicial contiene un enunciado normativo, ésta sólo puede estar lógicamente justificada si entre sus premisas hay también al menos otro enunciado de tipo normativo. Porque si así no fuese, se estaría violando el principio de Hume, que expresa que no podemos obtener conclusiones normativas de premisas solamente descriptivas. El candidato obvio para

cuencias a este caso particular está jurídicamente justificada”. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Limits of Logic and Legal Reasoning”, en Martina, A. A. (ed.), *Preproceedings of the III International Conference on Logica Informatica Dirittto*, vol. II, Firenze, 1989, p. 303.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

desempeñar este rol es la premisa de derecho. Así las cosas, esta premisa también debería ser reconstruida como un enunciado normativo.⁷

Otro de los problemas que enfrenta este modelo se sigue de la respuesta a la cuestión anterior: ¿los razonamientos lógicos deductivos operan solamente con enunciados fácticos, es decir, susceptibles de ser considerados verdaderos o falsos? Dado que la premisa de derecho y la conclusión del razonamiento son, como acabamos de precisar, enunciados normativos; dado que los enunciados normativos no son, al menos en principio, susceptible de verdad o falsedad, y dado que la lógica deductiva trabaja, en principio, solamente con enunciados verdaderos o falsos, parecería que el tipo de razonamiento que presupone este modelo no puede ser realmente deductivo. Los enunciados normativos no son susceptibles de ser considerados verdaderos o falsos a menos que se adopte algún tipo de realismo normativo o a menos que trate a dichos enunciados como proposiciones normativas. La primera posibilidad sostiene que existen hechos normativos de los cuales se puede predicar existencia. Pero esta es una posición minoritaria o, al menos, controvertida entre los teóricos de la metaética. La segunda posibilidad sostiene que dichos enunciados no son propiamente normas, sino proposiciones acerca de normas y que, por lo tanto, estos enunciados son susceptibles de ser verdaderos o falsos. Pero en esta posibilidad resurgiría el pro-

⁷ Como dicen Alchourrón y Bulygin: “El problema principal respecto de la justificación de las sentencias judiciales es que, siendo normativas, no pueden ser justificadas mediante meras aserciones de hechos (por complejos que sean esos hechos). En efecto, cuando un juez condena a Juan a pena de prisión porque encuentra que es culpable de haber matado a Alfredo, no sólo afirma un hecho (de que Juan ha cometido homicidio), sino dicta una prescripción, esto es, una norma, a los efectos de que Juan sea enviado a la cárcel. Una proposición normativa que afirme que conforme al sistema de normas del país el juez tiene la obligación de condenar a aquellos que han cometido homicidio es una mera afirmación de un hecho y no basta para justificar la prescripción (norma) dictada por el juez. Para justificarla el juez tiene que *usar* la norma dictada por el legislador, es decir, correspondiente del Código Penal. Es decir, la *norma* que prescribe que para todo x, si x ha cometido homicidio, x debe ser condenado a una pena de prisión, de la que el juez infiere —mediante un argumento deductivo— que Juan (quien ha matado a Alfredo) debe ser condenado a una pena de prisión”. *Ibidem*, p. 319.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

blema precedente, este es, que la conclusión de la decisión judicial debería ser reconstruida como un enunciado realmente normativo y no como proposiciones normativas, es decir, enunciados acerca de normas.

Si la lógica deductiva trabaja solamente con enunciados descriptivos o lo hace también con enunciados normativos es un problema cuya solución está todavía abierta. La lógica deductiva, como es mayo-mente entendida, trabaja con una noción de verdad como primitiva, porque tanto las conectivas proposicionales (conjunción, disyunción, negación, condicional) como las nociones lógicas centrales (consecuencia lógica, implicación lógica, inconsistencia lógica, etcétera) son definidas en términos de verdad. Así las cosas, un razonamiento es lógicamente válido si sus premisas implican lógicamente la conclusión o, lo que es equivalente, si la conclusión es consecuencia necesaria de las premisas. Esta argumentación conduce finalmente al llamado dilema de Jørgensen,⁸ el cual expresa que: o bien una lógica de normas no es conceptualmente posible, porque la noción de inferencia y las conectivas proposicionales se caracterizan en términos de verdad, y la verdad no opera sobre normas; o bien una lógica de normas es conceptualmente posible, pero entonces el concepto de inferencia y las conectivas lógicas no pueden ser definidas en términos de verdad.⁹

⁸ Cfr. Jørgensen, Jørgen, "Imperatives and Logic", *Erkenntnis* 7, 1, 1937, pp. 288-296.

⁹ En la teoría del derecho, tomando el primer cuerno del dilema, se han construido lógicas de proposiciones normativas, como sustituto de una propia lógica de normas. Cfr., sobre todo, los siguientes: Von Wright, Georg Henrik, *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Routledge and Kegan Paul, 1963; Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, "The Expressive Conception of Norms", en Hilpinen, Risto (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, 1981, pp. 95-124; Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, "Pragmatic Foundation for a Logic of Norms", *Rechtstheorie* 15, 1984, pp. 453-464. Sin embargo, estos esfuerzos no han sido considerados satisfactorios porque se entiende que los razonamientos jurídico-normativos requieren una lógica que trabaje tanto con enunciados descriptivos como normativos. En otra línea de investigación, tomando el segundo cuerno del dilema, teniendo en consideración algunas intuiciones generales acerca de la manera en que de hecho razonamos. Cfr. Von Wright, Georg Henrik, *Logical Studies*, prefacio, Routledge, 1957 y Alchourrón, Carlos, "Concepciones de la lógica", *Enciclopedia de Filosofía*, vol. 7, 1995, pp. 63 y 64, y teniendo

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

De todos modos, algunos teóricos del derecho han sostenido, independientemente de los problemas a los que lleva el desarrollo de un sistema lógico que trabaje con normas, que se puede dar cuenta teóricamente de las decisiones judiciales mediante una reconstrucción sencilla de la estructura subyacente, deductiva y normativa, de este tipo de razonamiento jurídico. Hay, en realidad, dos formas de hacerlo. La primera es mediante la forma lógica del silogismo categórico, por ejemplo, “Todo aquel que haya cometido homicidio debe ser castigado”, “Juan González ha cometido homicidio”, “Juan González debe ser castigado”. La primera premisa es un enunciado normativo que establece una clase general y abstracta de acciones. La segunda premisa es un enunciado descriptivo que afirma que cierta persona ha llevado a cabo una acción particular. Y la conclusión es un enunciado normativo en el que se incluye la acción particular dentro de la clase general y abstracta de acciones. La segunda es mediante la forma lógica del *modus ponens*, una especie del silogismo hipotético, por ejemplo, “si alguien ha cometido homicidio, entonces debe ser condenado a una pena de prisión”, “Juan González ha cometido homicidio”, “Juan González debe ser condenado a una pena de prisión”. La primera premisa es un enunciado condicional en el cual el antecedente establece una clase general y abstracta de acciones, y el consecuente una consecuencia jurídica. La segunda premisa es un enunciado descriptivo en el que se afirma el antecedente, es decir, que cierta persona ha llevado a cabo una

en cuenta que el desafío consiste en determinar si es posible definir las relaciones lógicas sin recurrir a, o implicar de alguna manera, alguna noción de verdad, se han desarrollado algunos fundamentos teóricos para el desarrollo de una “verdadera” lógica de normas. En esta línea, se ha propuesto, de manera convincente, una caracterización de las inferencias lógicas y sus conectivas para enunciados normativos mediante una noción abstracta de consecuencia lógica, siguiendo las reglas de introducción y eliminación. Cfr. Gentzen, Gerhard, “Untersuchungen über das logische schliessen”, *Math. Zeitschrift*, 39, 1934, pp. 176-210 y Cfr. Belnap, Nahuel, “Tonk, Plonk and Plink” en *Analysis*, 22, 1962, pp. 130-134 en un contexto de deducibilidad; Alchourrón, Carlos y Martino, Antonio, “Lógica sin verdad”, *Theoria* 3, 1988, 7-43 y Alchourrón, Carlos, *op. cit.*, 1995. Sin embargo, un sistema lógico que siga esta propuesta no ha sido, hasta ahora, completamente desarrollado. Cfr. Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge Luis, *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge University Press, 2014.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

acción particular. Y la conclusión es un enunciado normativo en el cual se establece que a la persona que ha llevado a cabo la acción particular, que es una instancia de la clase general de acciones, se le debe aplicar la consecuencia jurídica establecida en el consecuente del condicional.

1. *La teoría amplia del silogismo judicial*

La tesis central de la teoría amplia del silogismo judicial expresa que una decisión judicial está justificada si, y solo si, la misma está interna y externamente justificada. Esta tesis se asienta en la conocida distinción, trazada por Jerzy Wróblewski, entre las llamadas “justificación interna” y “justificación externa”. Una de las primeras formulaciones de Wróblewski de esta distinción es la siguiente:

Internal justification deals with the validity of inferences from given premises to legal decision taken as their conclusion. The decision in question is internally justified if the inferences are valid and the soundness of the premises is not tested... External justification of legal decision tests not only the validity of inferences, but also the soundness of premises. The wide scope of external justification is required especially by the paradigmatic judicial decision because of the highest standards imposed on it.¹⁰

En la teoría del derecho, esta distinción generalmente se utiliza para separar conceptualmente entre la justificación acerca de la conclusión particular de la decisión judicial y la justificación acerca de las premisas sobre las que se apoya dicha conclusión. Pero esta interpretación simple de dicha distinción oscurece uno de los méritos de su análisis, rico y detallado, sobre las decisiones judiciales.

El primer mérito de Wróblewski es haber intentado distinguir y relacionar las nociones de “decisión”, “justificación” y “racionalidad”, las cuales están implícita o explícitamente conectadas de distintas

¹⁰ Wróblewski, Jerzy, “Legal Decision and Its Justification”, *Logique et Analyse*, 14 (53), 1971, p. 412.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

maneras en los escenarios conceptuales acerca de las decisiones judiciales.

Wróblewski, antes de distinguir entre justificación interna y externa, distingue otras tres nociones de ‘justificación’ para las decisiones judiciales: “psicológica”, que consiste en una explicación de la decisión por medio de fenómenos psicológicos; “lógica *sensu stricto*”, que se limita al campo de las proposiciones y de la lógica formal, y “lógica *sensu largo*”, que consiste en dar razones adecuadas para la decisión o en las premisas para la inferencia de una decisión de acuerdo con las directivas de inferencia aceptadas.¹¹ Este autor sostuvo que la última de estas nociones es operativamente adecuada para el análisis de la justificación de las decisiones jurídicas y, seguidamente, la relaciona con una noción amplia de racionalidad:

Logical justification *sensu largo* covers all reasonings for which the adjective “rational” is currently used. It covers, hence, not only the field of a formal logic of propositions and of norms, but also that of practical reasoning dealing with norms and evaluations... The concept of justification has to be sufficiently ample to be used adequately for the current notions of “rationality” of such a decision. Rational decision is a justified decision. Rationality is relative to the amount of knowledge of the decision-maker, to his evaluations and to the rules of inference accepted by him. Justified decision is relative to the norms, evaluations and inferences taken into account by the decision-maker.¹²

El segundo y mayor mérito del análisis de Wróblewski proviene de haber relacionado las nociones de justificación interna y externa con tres nociones de “decisión judicial”: “la decisión interpretativa”, que determina el significado de la disposición jurídica aplicada; “la decisión fáctica” (o de evidencia), que determina los hechos que han ocurrido en cierto tiempo y lugar, y “la decisión final”, que determina las consecuencias de la aplicación de la norma jurídica a los hechos probados.¹³ Concretamente, este mérito, que es aquel que oculta la interpretación simplista de la distinción, consiste en ha-

¹¹ *Ibidem*, pp. 410 y 411.

¹² *Ibidem*, pp. 411 y 412.

¹³ *Ibidem*, pp. 412-417.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

ber mostrado que cada uno de estos tipos de decisión judicial deberían estar justificados mediante una justificación interna —la justificación de la inferencia, es decir, del paso inferencial que va desde las premisas a la conclusión— y mediante una justificación externa —la justificación particular de cada una de las premisas que apoyan la conclusión.

De acuerdo con esto, una decisión judicial está justificada si, y sólo si, por un lado, como en la teoría estrecha, esta contiene una justificación interna, esto es, si puede ser reconstruida como un razonamiento deductivo en el cual la conclusión es consecuencia necesaria de una norma jurídica general, una descripción de hechos y algunas definiciones. En otras palabras, si, y sólo si, el paso inferencial que va desde las premisas, de derecho y de hechos, hasta la conclusión está deductivamente justificado. Por el otro lado, si la decisión judicial contiene una justificación externa, esto es, si las decisiones intermedias de derecho y de hechos pueden ser reconstruidas como dos razonamientos en los cuales la conclusión (*i.e.* la premisa de derecho y premisa de hechos) se sigue deductiva o inductivamente de otras premisas. En otras palabras, si, y sólo si, el valor de cada una de estas premisas está, a su vez, deductiva o inductivamente justificado.¹⁴

El tercer mérito es haber mostrado, por un lado, que la reconstrucción de las decisiones judiciales como un único razonamiento deductivo y normativo oscurece una gran cantidad de actividades decisorias, que conllevan también otros tipos de razonamientos, y que los funcionarios judiciales suelen realizar en sus decisiones.

¹⁴ Aquí entiendo que existen sólo dos sentidos en lo que un razonamiento puede ser lógicamente “legítimo”. El primero es cuando la conclusión es inferida por deducción. Esto significa que la verdad o corrección de la conclusión está completamente garantizada por la verdad o corrección de las premisas de las cuales esta se infiere. Un razonamiento con esta característica es un razonamiento lógicamente *válido*. El segundo sentido es cuando la conclusión es inferida por inducción. Esto significa que la verdad o corrección de la conclusión es más o menos probable dependiendo de la verdad o corrección de las premisas. La verdad o corrección de las premisas hace más probable la verdad o corrección de la conclusión, pero no garantiza su verdad o corrección. Un razonamiento con esta característica es un razonamiento más o menos *fuerte* dependiendo de la verdad o corrección de las premisas y de la calidad de estas. En esta dicotomía, un razonamiento abductivo es un tipo de razonamiento inductivo.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

Veamos cuáles son estas actividades de acuerdo con el desarrollo posterior de este modelo realizado por algunos autores contemporáneos.¹⁵ Estos teóricos analíticos han identificado distintas actividades que los funcionarios judiciales suelen realizar en sus decisiones. Pero, además, ellos han reconstruido los distintos tipos de razonamientos que dichos funcionarios judiciales deberían desarrollar en sus decisiones.

La llamada “decisión intermedia de derecho” consiste en un procedimiento argumentativo complejo en el cual se aducen razones a favor de una conclusión que generalmente está compuesta por un enunciado normativo. Se trata, en otras palabras, de la argumentación acerca de la determinación del contenido de significado atribuido a una o más disposiciones normativas, que compone la premisa de derecho. En cuanto a esta decisión particular, se han identificado las siguientes actividades decisorias que los funcionarios judiciales generalmente realizan de manera explícita o implícita:

- 1) La elección de las fuentes del derecho vigente que son relevantes para el caso en cuestión.
- 2) La elección de las disposiciones normativas aplicables que disciplinarían el caso.
- 3) La elección de una norma extraída o extraíble por interpretación de estas disposiciones mediante métodos interpretativos.
- 4) La solución de eventuales conflictos entre normas, antinomias, cuando varias normas regulen el caso diversa o incompatiblemente.
- 5) La integración de eventuales lagunas normativas, cuando el caso no sea regulado por alguna norma.

¹⁵ Cfr., entre otros, los siguientes: Comanducci, Paolo, “Razonamiento jurídico: elementos para un modelo”, Fontamara, 1999; Chiassoni, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica: brevario para juristas*, Marcial Pons, 2011. Guastini, Riccardo, *Interpretare e Argomentare*, Giappichelli, 2012; Canale, Damiano, “Il ragionamento giuridico”, en Pino, Giorgio, Schiavello, Aldo y Villa, Vittorio (eds.), *Filosofia del Diritto. Introduzione al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, 2013; Canale, Damiano y Tuzet, Giovanni, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Analisi e Diritto, 2019.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

6) La individualización de eventuales excepciones a la aplicación de la norma interpretada.

Por otro lado, se ha precisado que al determinar el contenido de significado de la premisa de derecho —actividad que conlleva la adopción explícita o implícita de algunas o todas las decisiones apenas presentadas— los funcionarios judiciales deberían desarrollar un razonamiento deductivo y normativo que podría ser reconstruido de la siguiente forma:

- a) Si x es una disposición jurídica, entonces x debe interpretarse mediante la directiva interpretativa DI.¹⁶
- b) x es una disposición jurídica DJ.
- c) Entonces, x debe interpretarse mediante la directiva interpretativa DI.¹⁷

La llamada “decisión intermedia de hechos” consiste en un procedimiento argumentativo complejo en el cual se aducen razones en favor de una conclusión que está compuesta por un enunciado descriptivo. Se trata de la argumentación que los funcionarios judiciales suelen realizar acerca de la determinación de los hechos —*i.e.* que ciertos hechos han ocurrido en cierto tiempo y lugar— la cual compone la premisa de hechos. En cuanto a este tipo particular de decisión se han identificado las siguientes actividades decisorias que los funcionarios judiciales generalmente realizan explícita o implícitamente:

¹⁶ Vale la pena mencionar que, en realidad, esta premisa suele ser establecida mediante un método interpretativo escogido dentro de un conjunto de métodos interpretativos considerados igualmente admisibles en cierta comunidad jurídica. La elección de uno de los métodos entre otros igualmente admisibles requeriría también que se desarrolle un razonamiento normativo que establezca como conclusión esta premisa. *Cfr.*, entre otros, Chiassoni, Pierluigi, *op. cit.*, pp. 55-159.

¹⁷ Hay una extensa discusión acerca de cómo se debería reconstruir teóricamente este razonamiento y sobre el tipo de lógica o de racionalidad que implicaría cada una de estas reconstrucciones. *Cfr.* Atienza, Manuel, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Palestra, 1991. En ese trabajo se encuentran algunos de los modelos que han sido ofrecidos para reconstruir este razonamiento.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

- 7) La verificación de las pruebas concernientes al caso.
- 8) La reconstrucción y calificación jurídica del caso.
- 9) La individualización de las características del caso abstracto con las que conectan las distintas consecuencias jurídicas eventualmente previstas por la norma aplicable al caso.
- 10) La individualización de las características que, entre las mencionadas, están presentes en el caso concreto.

Por otro lado, se ha precisado que al establecer la premisa fáctica—actividad que conlleva la adopción explícita o implícita de estas elecciones— los funcionarios judiciales deberían desarrollar una argumentación acerca de hechos que debería poder ser reconstruida como un razonamiento probatorio con dos fases conceptualmente diversas.

Por un lado, un razonamiento probatorio en sentido estricto mediante el cual se argumente a favor de cierta reconstrucción del hecho objeto de la controversia. Este razonamiento debería contener como premisas una serie de proposiciones sobre hechos particulares, que se asumen probados mediante las pruebas ofrecidas por las partes durante el proceso judicial, y como conclusión otra proposición, que se asume como hipótesis. Este razonamiento particular debería ser reconstruido como un razonamiento de tipo *abductivo*, esto es, un tipo de inferencia inductiva que se basa en que: si cierta hipótesis proporciona una buena explicación de un conjunto de fenómenos, y si ninguna hipótesis diferente proporciona una explicación igualmente buena o mejor, entonces es probable que dicha hipótesis sea verdadera. En esta inferencia, la hipótesis constituye una de las premisas y el enunciado del cual se quiere determinar su verdad constituye la conclusión.¹⁸

- a) Se verificaron los hechos H1, H2, H3.
- b) La reconstrucción del hecho RH explica H1, H2, H3.
- c) Entonces, se ha verificado la reconstrucción del hecho RH.

¹⁸ Cfr. Tuzet, Giovanni, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Analisi e Diritto, Giappicheli, 2006. En ese trabajo se encuentra un análisis pormenorizado del razonamiento abductivo cuando es aplicado en el derecho.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

Por el otro lado, un razonamiento llamado “subsuntivo” mediante el cual se argumenta acerca de la inclusión de la acción particular, descrita en la reconstrucción de los hechos previamente realizada, en la clase general y abstracta prevista en la norma, a la cual la norma jurídica establece una cierta consecuencia jurídica. En este paso argumentativo se pretende justificar la aplicación de la norma al caso particular de la controversia. Este paso tiene la función de conectar la justificación intermedia de derecho con la justificación intermedia de los hechos. Este razonamiento debería ser reconstruido como un razonamiento deductivo de tipo *modus ponens* descriptivo, cuyas premisas y conclusión están compuestas por enunciados descriptivos, con respecto a la subsunción de la acción individual dentro de la clase general y abstracta de acciones que la norma prevé.

- a) Si x (RH) presenta las características C1, C2, C3, entonces x será un caso regulado por la norma N.
- b) X (RH) presenta las características C1, C2, C3.
- c) Entonces, x (RH) está regulado por la norma N.

Así las cosas, las decisiones intermedias, tanto de derecho como de hechos, se caracterizan por estar compuestas por procesos argumentativos bastante complejos, que presuponen una gran cantidad de actividades decisorias. Asimismo, estos productos argumentativos, para que puedan ser considerados justificados, deberían poder ser reconstruidos mediante diversos tipos de razonamientos, que presuponen diversas concepciones acerca de la racionalidad.

A la luz de lo analizado, se puede sostener que la teoría estrecha y la teoría amplia del silogismo judicial consisten en dos etapas diversas, pero relacionadas, de un mismo modelo acerca de las decisiones judiciales. Ambas teorías son diversas porque presentan una reconstrucción teórica diversa de las decisiones judiciales y de sus criterios de justificación. Pero, a su vez, ambas teorías están estrechamente relacionadas porque la segunda teoría adopta la primera para, luego, engrosar y precisar su espectro explicativo. Por un lado, incorporando varios aspectos característicos de las decisiones judiciales que la primera no tenía. Por ejemplo, una gran cantidad de decisiones intermedias que los funcionarios judiciales suelen tomar

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

al efectuar sus decisiones. Por el otro lado, precisando algunos elementos de la justificación de las decisiones judiciales que la primera teoría había tratado de manera demasiado general o simplificada. Por ejemplo, la distinción entre justificación interna —de la inferencia— y externa —de las premisas.

Desde este punto de vista, estas dos teorías se entienden como dos estados teóricos diferentes pero relacionados que componen un mismo modelo general. Por esta razón, en la sección que sigue, me referiré a ambas teorías bajo la misma etiqueta, a saber, el modelo del silogismo judicial.¹⁹

IV. LA CRÍTICA DE JUAN CARLOS BAYÓN

Bayón ha realizado un análisis de inestimable valor para el escenario teórico de la justificación de las decisiones judiciales en un breve y poderoso artículo titulado: “Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales: la parte sorprendente”. En este trabajo presenta un análisis de la concepción de las reglas y de la aplicación de reglas con las que las dos teorías anteriores del silogismo judicial se encuentran implícitamente comprometidas, a través de sus nociones de justificación. Su trabajo representa uno de los avances mejor dirigidos en la literatura teórica acerca de la justificación de las decisiones judiciales.

Según Bayón, la idea de justificación propia del modelo del silogismo judicial se entiende como un corolario del principio de universalidad, que es asumido como una condición o exigencia básica de la racionalidad. Este principio desempeña un rol central en cuanto a la posibilidad de discernir entre juicios correctos e incorrectos en cualquier contexto. El modelo del silogismo judicial sostiene que un juicio es correcto en la medida en que es una aplicación de una regla, es decir, en la medida en que es una aplicación de una pauta general

¹⁹ *Cfr.* Canale, Damiano, “Il ragionamento giuridico”, *op. cit.*, 2013. En ese trabajo se encuentra un detallado análisis del paso de la teoría estrecha a la teoría amplia del silogismo judicial, y de otras líneas de investigación de tradiciones no analíticas sobre las decisiones judiciales.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

a un caso específico. No habiendo ningún otro sentido inteligible en que pueda predicarse que un juicio es correcto o incorrecto.

Porque justificar un juicio requiere indicar el fundamento del mismo, dar razones; y como es una cuestión de mera racionalidad juzgar del mismo modo cualquier otro supuesto igual en los aspectos relevantes, dar razones implica siempre trascender la particularidad de un caso: implicaría comprometerse con una pauta general, con una norma (sólo a luz de la cual, precisamente, tendría sentido decir de la concurrencia de cierta propiedad que constituye “una razón”).²⁰

Bayón está de acuerdo en que la justificación de un juicio es —y no puede ser otra cosa que— la justificación de la aplicación de una regla o una pauta general. Sin embargo, sostiene que el modelo silogístico incorpora una concepción de la justificación racional que va bastante más allá de esta última tesis, que llama “universalismo mínimo”.²¹ Este modelo va más allá en el sentido que implica una cierta imagen (que Wittgenstein llamó “platónica”, “intelectualista” o “reglas como raíles” y Sellars llamó “regularista”) de lo que él llama “la competencia normativa”, esto es, una cierta concepción acerca de qué son las reglas, en qué consiste seguir o aplicar reglas y en cómo se debería proceder para justificar un juicio.

Con arreglo a esta imagen o concepción —que no es sino la que Wittgenstein llamó “platónica” o “intelectualista” o de “las reglas como raíles”— la competencia normativa pasaría por la representación de un contenido proposicional expresable en una formulación que especificaría qué aplicaciones son correctas articulando exhaustivamente criterios suficientes de aplicación; y saber determinar lo que una regla requiere —y, por lo tanto, justificar para uno mismo o ante los demás que algo es o no es una aplicación correcta de una regla— supone usar inferencialmente una formulación de esa clase como premisa mayor de un razonamiento subsuntivo.²²

²⁰ Bayón, Juan Carlos, “Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales: la parte sorprendente”, en Moreso, José Juan y Redondo, María Cristina (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, 2007, p. 147.

²¹ *Ibidem*, p. 148.

²² *Idem*.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

Ahora bien, Bayón no está de acuerdo, específicamente, con esta concepción de la competencia normativa. Su argumento está compuesto por una excelente reconstrucción y extrapolación del problema de la paradoja del seguimiento de reglas de Wittgenstein.²³ En palabras del teórico español:

Juzgar, en cualquier contexto, no es más que clasificar un objeto particular, esto es, subsumirlo en un concepto; pero no es posible articular y explicitar (“codificar”) un conjunto de reglas que fijen exhaustivamente cuándo lo particular es una instancia de lo universal, porque eso sería tanto como articular meta-reglas para la aplicación de reglas, con la consiguiente reproducción del problema en lo concerniente a la aplicación de las meta-reglas. En suma, el juicio es irreductible a algoritmo porque no es posible, *sin regreso al infinito*, la formulación completa de criterios explícitos para el juicio. Y, por lo tanto, toda explicitación o formulación de normas presupone un sustrato de normas *implícitas en prácticas* resistente, por razones conceptuales, a cualquier intento de enunciación exhaustiva (o codificación); y el reconocimiento de ese hecho debería conducirnos a dar una forma irreductiblemente abierta a toda explicitación o formulación de normas.²⁴

En la próxima sección, se analizará la última parte del párrafo apenas transcrito y se ofrecerá una manera conceptualmente plausible de explicar cómo se puede dar cuenta de las reglas y de la aplicación de reglas implícitas en las prácticas sociales, sin caer en el regreso al infinito al que condena la paradoja del seguimiento de reglas. Así, la objeción de Bayón marcó la dirección en que la explicación de la justificación de las decisiones judiciales es errónea y por dónde no se debería proseguir. En lo que sigue, esta objeción se tomará como punto de partida para comenzar una nueva dirección explicativa, que luego será redirigida en función de la solución que se propondrá para este problema.

La objeción de Bayón afecta, específicamente, a la concepción de la competencia normativa que se encuentra, precisamente, en el nivel meta-teórico con respecto a las posiciones teóricas del modelo

²³ Aunque este argumento, como bien dice Bayón, tiene raíces más lejanas.

²⁴ Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 149.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

silogístico de las decisiones judiciales. A nivel teórico, este modelo ofrece una reconstrucción racional de las decisiones judiciales y de sus criterios de justificación, que incorporan implícitamente, a través de su noción de justificación, esta concepción de la competencia normativa que cae dentro de la paradoja del seguimiento de reglas.

V. LA TEORÍA PRAGMATISTA DE LAS DECISIONES JUDICIALES: CONDICIONES DE ADECUACIÓN PARA LA COMPETENCIA NORMATIVA Y LA JUSTIFICACIÓN

Bayón explicó el problema de la paradoja del seguimiento de reglas de Wittgenstein mediante una síntesis brillante. Sin embargo, este autor se detuvo en ese punto y no realizó un paso sucesivo en esta línea argumentativa. Sucesivamente podría haber expresado, como aquí se hará, que si bien este problema ha sido efectivamente expuesto por Wittgenstein en las *Investigaciones filosóficas*, el propio autor en dicho libro ha ofrecido una manera de sortear este problema; que si bien no ha sido considerada por Kripke en *Wittgenstein sobre reglas y lenguaje privado* (quizá el libro más influyente sobre este tema), otros filósofos del lenguaje la han considerado y desarrollado en sus propios trabajos.

Wittgenstein presentó en las *Investigaciones filosóficas* lo que se conoce como la paradoja del seguimiento de reglas de la siguiente manera:

“¿Pero cómo puede una regla enseñarme (lehren) lo que tengo que hacer en este lugar? Cualquier cosa que haga es, según alguna interpretación, compatible con la regla” —No, no es eso lo que debe decirse. Sino esto: Toda interpretación pende, juntamente con lo interpretado, en el aire; no puede servirle de apoyo. Las interpretaciones solas no determinan el significado.²⁵

Este problema aqueja a la noción de regla y, consecuentemente, de aplicación de reglas, cuando se entiende a las reglas como un cri-

²⁵ Wittgenstein, Ludwig, *Philosophical Investigation*, Macmillan Publishing Company, 1953, §157.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

terio suficiente de aplicación correcta basado solamente en una formulación lingüística aplicable a un caso o a una acción particular. El problema radica, precisamente, en que para aplicar una regla, debemos formularla explícitamente; pero cuando la formulamos explícitamente, estamos usando expresiones lingüísticas, las cuales a su vez deben ser interpretadas. Ahora, si entendemos que una regla no es otra cosa que un criterio suficiente de aplicación correcta basado solamente en una formulación lingüística aplicable a casos, acciones, instancias (actuales o futuras), entonces este criterio cae indefectiblemente, cada vez que se aplica, en un regreso al infinito de interpretaciones de las expresiones lingüísticas.

Diversos autores, con quienes estoy de acuerdo, han argumentado que Wittgenstein expuso, en un paso argumentativo ulterior, una manera de bloquear el regreso al infinito de las interpretaciones al que conduce esta concepción de las reglas.²⁶ Estos autores han criticado a Kripke porque en el famoso análisis que presentó en *Wittgenstein sobre reglas y lenguaje privado* parece no haber considerado el siguiente párrafo:

Que aquí hay un malentendido se muestra ya en que en este curso de pensamiento damos interpretación tras interpretación; como si cada una nos contentase al menos por un momento, hasta que pensamos en una interpretación que está aún detrás de ella. Con ello mostramos que hay una captación de una regla que no es una interpretación, sino que se manifiesta, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos “seguir una regla” y en lo que llamamos “contravenirla”.²⁷

²⁶ Cfr. principalmente los siguientes: McDowell, John, “Wittgenstein on Following a Rule”, *Synthese*, 58, 3, 1984, p. 357; McGinn, Colin, *Wittgenstein on Meaning*, Blackwell, 1984, p. 68; Brandom, Robert, *Making it Explicit: Reasoning, Representing y Discursive Commitment*, Harvard University Press, 1994, pp. 3-67.

²⁷ Wittgenstein, Ludwig, *op. cit.*, §201. Considero oportuno agregar dos enunciados que están antes y después del último párrafo transcrito, en donde Wittgenstein dice que las reglas no pueden ser entendidas como si proporcionaran una captación inmediata de todas sus posibles aplicaciones “como si pudiéramos captar de golpe el empleo total de la palabra” (Wittgenstein, Ludwig, *op. cit.*, §191), o como si las reglas fueran unos “raíles invisibles tendidos hasta el infinito”. Wittgenstein, Ludwig, *op. cit.*, §218.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

Esta idea consiste, básicamente, en que hay una manera plausible de entender a las reglas y a la aplicación de reglas que no se basa en la formulación explícita, o incluso en la intelección, de una formulación lingüística como un criterio suficiente de corrección, sino que se basa en la manifestación de las reglas de acuerdo con sus usos concretos por parte de los participantes en una cierta práctica social. Esta manera de entender la naturaleza de las reglas y el funcionamiento del seguimiento o aplicación de reglas exige que, en el plano teórico, los criterios de justificación de las decisiones judiciales se establezcan en función de la reconstrucción de la competencia normativa de los participantes en las prácticas sociales y, por lo tanto, de los criterios de aplicación correcta de dichas reglas que se manifiestan implícitamente en dichas prácticas.

Robert Brandom ha ofrecido una propuesta que continúa y desarrolla estas ideas, primeramente, en *Making it Explicit: Reasoning, Representing and Discursive Commitment* y, posteriormente, en diversos libros y artículos, en donde precisa sus posiciones. En esta sección la expondré de manera sintética y circunscrita al argumento que aquí se está analizando. Considero que esta propuesta constituye un posible avance en la línea argumentativa presentada por Bayón, al proponer una concepción adecuada de la competencia normativa, que sirve para construir una noción apropiada de justificación para las decisiones judiciales.

La propuesta de Brandom puede ser presentada a través de tres condiciones de adecuación para cualquier explicación plausible de la competencia normativa, que se extraen de tres distinciones relacionadas.

La primera es, siguiendo a Brandom, la “condición pragmatista”. Esta se dirige a bloquear, precisamente, el problema del regreso al infinito de las interpretaciones. Este problema nos ha enseñado que se debe establecer una noción de regla que no esté comprometida con la concepción de las reglas como un criterio suficiente de aplicación correcta basado una formulación lingüística aplicable a una acción particular, sino que se base en una explicación de las reglas como manifestaciones concretas en una cierta práctica social. La distinción que se propone como medio para superar este problema es aquella que separa conceptualmente entre la determinación de las

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

reglas y la aplicación de las reglas. Brandom sostiene que estas dos actividades no deben ser entendidas como si fuesen dos fases diversas y consecutivas, sino como dos aspectos simultáneos del mismo fenómeno. Según Brandom, no se puede entender la noción de instituir o determinar reglas en las prácticas sociales independientemente de la noción de aplicarlas, y viceversa. La determinación y la aplicación de reglas son nociones diversas, pero recíprocamente dependientes.²⁸

La segunda es, de acuerdo con Brandom, la “condición de construcción de nociones propiamente normativas”. La explicación de la competencia normativa debe establecer un medio para declarar error sobre la aplicación de reglas por parte de los participantes. Esta explicación debe contener nociones normativas adecuadas que permitan determinar si cierta aplicación ha sido realizada correcta o incorrectamente. La distinción que se propone separa conceptualmente entre acciones (*i.e.* acciones físicas o lingüísticas, como actos de habla o uso de conceptos) y estados normativos (*i.e.* compromisos y habilitaciones). La distinción entre acciones y estados normativos nos permite marcar la diferencia que existe entre lo que se hace en la práctica, la acción, y lo que se debe hacer en la práctica, la acción correcta. De esta manera, se puede dar sentido a la idea de que los participantes lleven a cabo aplicaciones correctas o incorrectas de las reglas.²⁹

La tercera es, siguiendo a Brandom, la “condición de construcción de nociones normativas no circulares”. La explicación de la com-

²⁸ Brandom, Robert, *op. cit.*, p. 25.

²⁹ Brandom define los estados normativos basándose en el principio kantiano de autonomía práctica. Este principio establece que la autoridad de las reglas sobre los participantes se deriva de sus actitudes de reconocimiento hacia ellas, es decir, que los participantes son quienes confieren a la regla su carácter vinculante. De acuerdo con esto, cada participante tiene autonomía para vincularse a las reglas de dos maneras diferentes. Por un lado, cada participante *es responsable* de la acción llevada a cabo siguiendo una regla o, en otras palabras, cada participante *se compromete* a que su acción es correcta de acuerdo con la regla. Por otro lado, cada participante también está comprometido con los demás participantes, ya que ellos son quienes deciden si otorgan o no *autoridad* al participante o, en otras palabras, si otorgan o no una *habilitación* con respecto al compromiso del participante en relación con cierta acción. *Cfr. ibidem*, pp. 18-30.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

petencia normativa debe evitar que los estados normativos de las acciones de los participantes se asimilen directamente a las actitudes que los participantes manifiestan hacia esos estados y, de este modo, termine siendo correcto lo que consideren correcto. Por esta razón debe establecerse algún medio para declarar la existencia de error acerca de la propia consideración de la corrección de la acción. La distinción que se propone separa a los estados normativos (*i.e.* compromisos y habilitaciones) de las actitudes normativas (*i.e.* suscripciones y atribuciones).³⁰ Así las cosas, mientras la segunda condición establece una distinción que permite declarar corrección o incorrección acerca de la acción, la tercera condición establece una distinción que permite declarar corrección o incorrección acerca de la consideración del criterio de corrección de la acción.³¹

De esta manera, Brandom propone una manera apropiada de dar cuenta de la competencia normativa —que explica en qué consisten las reglas y el seguimiento de reglas— que no se encuentra comprometida con el problema del regreso al infinito de las interpretaciones al que condena la paradoja del seguimiento de reglas. Además, esta propuesta evita otros problemas que ahora no es el momento de explicitar. Esta propuesta debería ser adoptada para ofrecer una teoría apropiada de la justificación de las decisiones judiciales.

³⁰ Brandom las llama “actitudes normativas”, sin embargo, dado que no se trata de actitudes estrictamente normativas, sino de actitudes prácticas hacia los estados normativos, la llamaré directamente “actitudes prácticas”.

³¹ Las actitudes prácticas se expresan cuando se toma o se trata a un participante, explícita o implícitamente, como alguien que tiene o posee un estado normativo. Más precisamente, estas actitudes se presentan de dos maneras: como la suscripción de estados normativos (*e.g.* el compromiso que asume un participante a título personal) y como la atribución de estados normativos (*e.g.* la atribución de una habilitación que otorga un participante a alguno de los demás participantes). Desde esta perspectiva, por un lado, se entiende que la autoridad de las reglas tiene un intermediario que está mediado por las actitudes que los participantes manifiestan en la práctica cuando evalúan y tratan la actuación propia y la de los demás como correcta o incorrecta. Así las cosas, se entiende que estas actuaciones se consideren correctas o incorrectas en virtud de lo que manifiestan implícitamente los participantes al valorar los estados normativos propios y de los demás participantes. *Cfr. ibidem*, pp. 30-46.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

VI. LA ARTICULACIÓN DE LOS APORTES DE CADA UNA DE LAS TRES TEORÍAS

A este punto se pueden conjugar algunas conclusiones interesantes. En primer lugar, creo que hay buenas razones, considerando las expuestas hasta ahora, para sostener que cada una de las tres teorías tiene una lección importante para enseñar.

La teoría estrecha del silogismo judicial nos enseña algo valioso, por un lado, en cuanto a la posibilidad de reconstruir racionalmente la estructura básica de las decisiones judiciales mediante un razonamiento sencillo, de acuerdo con una estructura lógico-deductiva. Por el otro lado, en cuanto a la posibilidad de contar con un criterio claro y preciso, desde un punto de vista lógico-deductivo, para determinar si cierta decisión judicial se encuentra o no justificada.

La teoría amplia del silogismo judicial nos enseña algo relevante, por un lado, en cuanto a la posibilidad de reconstruir racionalmente la estructura y el funcionamiento de las decisiones judiciales de una manera más rica y detallada. Esta teoría ensancha el espectro teórico de la anterior para abarcar otros aspectos —una serie amplia de decisiones intermedias— que los funcionarios judiciales suelen llevar a cabo en sus decisiones. Por el otro lado, nos brinda la posibilidad de contar con un criterio más preciso, basado en la distinción entre justificación interna y externa, para determinar si cierta decisión judicial se encuentra o no justificada.

Por último, la teoría pragmatista de las decisiones judiciales nos enseña algo importante acerca de las nociones de justificación que proponen los dos modelos anteriores. Este modelo nos brinda la posibilidad, por un lado, de identificar con claridad un problema filosófico que aqueja a ambas nociones, el problema de la paradoja del seguimiento de reglas; pero, además, de resolver dicho problema, disolviéndolo. En definitiva, este modelo nos ofrece la posibilidad de construir una nueva noción de justificación, que sea más fina y adecuada para los propósitos explicativos que persiguen las teorías de las decisiones judiciales.

En segundo lugar, precisamente acerca de las nociones de justificación expuestas, creo que se han explicitado razones convincentes

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

para sostener que cada modelo ofrece o puede ofrecer una noción propia de “justificación” y, consecuentemente, también de “racionalidad”.

De acuerdo con la teoría estrecha, una decisión judicial está justificada si, y sólo si, puede ser reconstruida como un razonamiento en el que la conclusión es consecuencia necesaria de —o está lógicamente implicada por— una norma jurídica general, una descripción de hechos y a veces también algunas definiciones. Así, este primer modelo está comprometido con una racionalidad lógica de tipo deductivo.

Según la teoría amplia, una decisión judicial está justificada si, y sólo si, está interna y externamente justificada. Esto es, por un lado, si el paso inferencial que va desde las premisas, de derecho y de hechos, a la conclusión está deductivamente justificado. Por el otro lado, si el valor de verdad o corrección de cada una de estas premisas está, a su vez, deductiva o inductivamente justificado. Así las cosas, este segundo modelo está comprometido con un tipo de racionalidad más amplia, esto es, un tipo de racionalidad lógica que además de razonamientos deductivos trabaja con razonamientos inductivos.

Por último, de acuerdo con la teoría pragmatista, una decisión judicial está justificada si, y sólo si, esta se construye apelando a las prácticas lingüísticas en las cuales los participantes realizan acciones y las valoran intersubjetivamente suscribiéndose o atribuyéndose mutuamente compromisos y habilitaciones con respecto a dichas acciones. Este tercer modelo está comprometido con un tipo de racionalidad social de tipo lingüístico y normativo que proviene de la competencia que los usuarios de lenguaje manifiestan en sus prácticas comunicativas.³²

En tercer lugar, creo que hay razones convincentes para afirmar que las lecciones que enseñan estos modelos se encuentran en niveles teóricos diversos y que esto permite articularlas de cierto modo.

El modelo del silogismo judicial, en su versión estrecha y amplia, ofrece una reconstrucción de las decisiones judiciales desde

³² Cfr. Brandom, Robert, *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism*, Harvard University Press, 2000, pp. 1-44.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

una aproximación teórica que trabaja en distintos niveles. Por un lado, ofrece una reconstrucción conceptual con una función teórico-descriptiva, esto es, presenta una reconstrucción explicativa que reproduce de manera simplificada la estructura y el funcionamiento de las decisiones judiciales —de una manera general, abstracta y neutral— para favorecer una mejor comprensión de las mismas.³³ Por otro lado, ofrece una reconstrucción conceptual con una función teórico-prescriptiva, esto es, presenta una reconstrucción prescriptiva (normativa) —particular, concreta y parcial— acerca del modo en que los funcionarios judiciales deberían fundamentar sus decisiones.³⁴ Por último, ofrece una reconstrucción conceptual con una función teórico-valorativa, esto es, ofrece criterios o condiciones prescriptivas (normativas) de acuerdo con las cuales se pueda determinar si cierta decisión judicial se encuentra o no justificada.³⁵

En cambio, el modelo pragmatista de las decisiones judiciales ofrece una propuesta meta-teórica sobre la concepción de la competencia normativa con la cual las nociones de justificación están implícita o explícitamente comprometidas. Una aproximación meta-teórica de este tipo se refiere a los discursos teóricos acerca de la justificación de las decisiones judiciales, en la que se analizan, comparan y precisan las nociones técnicas que son conceptualmente prioritarias o centrales en estas teorías.³⁶

Para concluir, considero que el aporte meta-teórico del modelo pragmatista de las decisiones judiciales puede ser beneficiosamente articulado con los aportes teóricos del modelo silogístico. Dicho modelo podría incorporar el aporte del modelo pragmatista siempre y cuando adopte, en sus niveles teórico-prescriptivo y teórico-valorativo, las condiciones de adecuación para una concepción correcta

³³ Esta es la actividad teórica de la cual se vale típicamente quien pretende comprender el derecho.

³⁴ Esta es la actividad teórica de la cual se vale típicamente quien pretende llevar a cabo correctamente la función judicial.

³⁵ Esta es la actividad teórica de la cual se vale típicamente quien pretende valorar y criticar cierta la función judicial con respecto a cierta decisión.

³⁶ Esta es la actividad teórica de la que se vale típicamente quien analiza las teorías en competición y se propone construir nociones conceptualmente apropiadas para utilizar en las teorías.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

de la competencia normativa y, por lo tanto, de la justificación. Esto se podría —y se debería— realizar dado que las condiciones de adecuación para la competencia normativa que el modelo pragmático propone provienen de la reconstrucción de nuestras prácticas lingüísticas y sociales, las cuales son esencialmente diversas a las condiciones de justificación que la lógica propone para diversos tipos de razonamientos. De esta manera se puede sostener que los aportes de estos modelos pueden ser beneficiosamente articulados dentro de un nuevo modelo que los incorpore y los ensamble conjuntamente.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRÓN, Carlos, “Concepciones de la lógica”, *Enciclopedia de Filosofía*, vol. 7, Madrid, Trotta, 1995. Reproducido en Alchourrón, Carlos, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Marcial Pons, 2010.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “The Expressive Conception of Norms”, en HILPINEN, Risto (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, 1981. Reproducido en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “Pragmatic Foundation for a Logic of Norms”, *Rechtstheorie*, 15, Duncker & Humblot, 1984.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “Limits of Logic and Legal Reasoning”, en MARTINO, A. A. (ed.), *Preproceedings of the III International Conference on Logica Informatica Dirittto*, vol. II, Firenze, 1989. Reproducido en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALCHOURRÓN, Carlos y MARTINO, Antonio, “Lógica sin verdad”, *Theoria*, 3, 1988.
- ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford University Press, 1989.

LAS DECISIONES JUDICIALES: JUSTIFICACIÓN Y RACIONALIDAD

- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Palestra, 1991.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales: la parte sorprendente”, en MORESO, José Juan y REDONDO, María Cristina (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, 2007.
- BELNAP, Nahuel, “Tonk, Plonk and Plink”, *Analysis*, 22, 1962. Reproducido en STRAWSON, P. F. (ed.), *Philosophical Logic*, Oxford University Press.
- BULYGIN, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de derecho”, *La Ley*, 124, 1966. Reproducido en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BRANDOM, Robert, *Making it Explicit: Reasoning, Representing y Discursive Commitment*, Harvard University Press, 1994.
- BRANDOM, Robert, *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism*, Harvard University Press, 2000.
- CANALE, Damiano, “Il ragionamento giuridico”, en PINO, Giorgio et al. (eds.), *Filosofia del Diritto. Introduzione al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, 2013.
- COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico: elementos para un modelo*, Fontamara, 1999.
- CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica: brevario para juristas*, Marcial Pons, 2011.
- GENTZEN, Gerhard, “Untersuchungen über das logische schliessen”, *Math. Zeitschrift*, 39, 1934. Traducido en *The Collected Papers of Gerhard Gentzen*, North Holland, 1969.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Giappichelli, 2012.
- JÖRGENSEN, Jörgen, “Imperatives and Logic”, *Erkenntnis*, 7, 1, 1937.
- KRIPKE, Saul, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Harvard University Press, 1982.
- MCDOWELL, John, “Wittgenstein on Following a Rule”, *Synthese*, 58, 3, 1984.

PEDRO CABALLERO ELBERSCI

- MCGINN, Colin, *Wittgenstein on Meaning*, Blackwell, 1984.
- NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge University Press, 2014.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophical Investigation*, Macmillan Publishing Company, 1953.
- WILSON, George, “Kripke on Wittgenstein on Normativity”, *Midwest Studies in Philosophy*, 19, 1994.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, “Legal Decision and Its Justification”, *Logique et Analyse* 14, 53, 1971.
- TUZET, Giovanni, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Analisi e Diritto, Giappicheli, 2006.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Routledge and Kegan Paul, 1963.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, *Logical Studies*, Routledge, 1957.