

¿Qué significa fundamentar una sentencia?

O del arte de redactar fallos judiciales sin *engañarse* a sí mismo
y a la comunidad jurídica

Minor E. Salas

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Las leyendas de la Justicia encubren con un velo
pintado las miserias de lo cotidiano.

A. NIETO

Resumen: El artículo explora –sin hacerse muchas ilusiones– varios aspectos críticos relacionados con la fundamentación de las sentencias judiciales. La *tesis central* que se defiende es que la legitimidad social, política y ética del Derecho y del aparato judicial dependen, básicamente, de la posibilidad de *fundamentar razonablemente* las sentencias. En este proceso de motivación están involucradas fuerzas subjetivas y objetivas, racionales e irracionales, políticas e ideológicas. Todo lo cual hace de la fundamentación una verdadera mezcla de elementos contradictorios y difícilmente separables entre sí. No existe, por lo tanto, una *receta mágica* que se le pueda ofrecer al juez para que este motive razonablemente sus fallos. De allí que la enorme cantidad de recursos que se invierten (¡y desperdician!) en “enseñar” a los jueces a “argumentar” jurídica y lógicamente tienen un alcance muy limitado. Lo verdaderamente crucial es el *coraje profesional* (¡y ético!) con que el juez asuma esa función.

SUMARIO

1) Invitación a un tema polémico: ¿por qué fundamentar las sentencias? 2) Funciones (oficiales y mentirosas) de la fundamentación judicial. 3) ¿Cuándo y cómo desarrollan los jueces la "solución" de sus casos? 4) Tipos de fundamentación: entre el mito normativo y la realidad empírica: a. La fundamentación normativa como "escondite" de los jueces. b. La realidad social como alternativa al "fetichismo de las reglas". 5) A título de conclusiones generales. Bibliografía.

1. Invitación a un tema polémico: ¿por qué fundamentar las sentencias?

Para hacer cumplir el Derecho en un ordenamiento jurídico cualquiera no se requiere de un proceso judicial o de garantías fundamentales. ¡Únicamente se necesitan garrotes policiales, cárceles y gas lacrimógeno! Una divisa tal resulta hoy día, empero, *repugnante* para cualquier ciudadano en un “Estado de Derecho” (aunque hay que reconocer que también existen los usureros del dolor humano, quienes viven exclusivamente de los garrotazos, de las cárceles y del gas lacrimógeno). En un sistema jurídico existen, pues, muy distintas herramientas –desde el poder despiadado de un aparato policial fraudulento hasta los medios de resolución alternativa de conflictos– para poner en práctica las normas jurídicas. Para la visión de mundo actualmente dominante solo son aplicables aquellos medios que sean compatibles con determinados valores éticos y con ciertos derechos fundamentales.

Hoy sabemos, y ciertamente desde los trabajos de MAX WEBER¹, que la diferencia formal entre un sistema jurídico *autoritario-represivo* y un sistema basado en la *legalidad*, reposa, esencialmente, en la circunstancia de que en el primero se recurre a expedientes autocráticos para legitimar los fallos judiciales: la voluntad del rey, los intereses de la clase dominante, los caprichos del dictador, mientras que en el segundo se acude a los medios técnicos que ofrece la burocracia judicial. Esta tesis constituye el núcleo de la “racionalidad de los medios y los fines” (*Zweck-Mittel-Rationalität*) y de la legitimidad del poder político. Con palabras aún más simples: la aceptación social y ética (o como diría WEBER la “racionalidad formal”) y, por ende, la legitimidad de una sentencia judicial dependen, en grandísima medida, de *cómo* esta sentencia sea fundamentada.² De allí que la posibilidad de motivación sea un instrumento considerado

¹ WEBER, M., *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Kiepenheuer & Witsch, Köln, Berlin, 1956, páginas 599 y ss.

² Esta obligación constituye, entonces, uno de los *dogmas fundamentales* de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Este dogma se encuentra positivizado en las constituciones y leyes de distintos países. Así, y para citar tan solo un par de ejemplos, en la Constitución Española de 1978 se indica, en su artículo 120 inciso 3, que “las sentencias serán siempre motivadas”. Por su parte, el Código Penal Alemán, en su artículo 34, exige que el juez suministre las *razones* que respaldan sus decisiones. Sin embargo, en pocas normas de la legislación internacional está contemplado de una forma tan clara el deber de fundamentación como en el artículo 142 del Código Procesal Penal de Costa Rica, que indica literalmente: “Las sentencias y los autos contendrán una fundamentación clara y precisa. En ella se expresarán los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor otorgado a los medios de prueba. La simple relación de las pruebas o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazará, en ningún caso, la fundamentación. Será insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba.” Adicionalmente agrega que: “Los autos y sentencias sin fundamentación serán ineficaces”.

esencial para la *racionalidad* de los fallos, pero también un importante mecanismo para ejercer la *crítica* sobre la actividad de los jueces. De una forma contundente nos han dicho KOCH/RÜBMANN que:

“La motivación de una sentencia que constituya un verdadero *potpurri* de puntos de vista heterogéneos, no resulta del todo accesible a la crítica.”³

Es precisamente con el objetivo de lograr una “mejor” fundamentación de las decisiones judiciales que miles de sentencias son publicadas en los compendios jurisprudenciales, decenas de monografías brotan a diario de las prensas editoriales, las magníficas “teorías” de los académicos y de los *gurus* de la dogmática saturan los mercados publicitarios y las agendas de los congresos no dan abasto. La *pregunta capital* es, no obstante: ¿cumplen esas publicaciones, esos compendios y esas teorías con su objetivo central? Es decir: ¿se ha incrementado con tan magnos esfuerzos la “racionalidad” en la aplicación del Derecho? ¿Es posible fundamentar, actualmente, las sentencias de una manera significativamente mejor (más “científica”) que hace diez, veinte o cincuenta años?

La fe de los juristas y la ideología ius-filosófica nos dicen que *sí*. La legitimación del Derecho, e incluso la existencia misma de los Tribunales de Justicia, dependen de la respuesta afirmativa a las anteriores interrogantes. Las sociedades humanas solicitan –mejor aún, *exigen*– que la gigantesca inversión social y económica que se realiza en las facultades de Derecho o para financiar publicaciones y congresos, divulgar sentencias, difundir las leyes, generen sus frutos positivos. El público reclama la “racionalidad” del aparato judicial y exige una “justicia cuasi-divina”. Pero: ¿Son verdaderamente realistas estas pretensiones? Una respuesta (*ingrata*) nos la ofrece, de una manera lapidaria, un autor español:

“...El proceso [judicial] se desenvuelve como un duelo sin sentido, como un gasto social y un fraude personal absolutamente convencionales; los abogados aparecen como profesionales egoístas, mitad ignorantes mitad tramposos [...]; los profesores actúan como embaucadores y falsos profetas; y, *en fin*, la sentencia termina siendo una burla resultado del azar o del capricho del juez.”⁴

En el presente ensayo exploraremos con más detenimiento esta problemática. Sin querer adelantar del todo nuestra posición al respecto, podemos decir lo siguiente: El Derecho constituye un crisol donde se conjugan, de maneras intrincadas y contradictorias, muy diversos ideales, aspiraciones y esperanzas. Este representa, en palabras de BERGER/LUCKMANN, un “*museo imaginario de sentidos*.”⁵ Es del Derecho (y de su “ciencia jurídica”) de donde las comunidades políticamente organizadas extraen una buena dosis de sus expectativas y anhelos sociales (paz, seguridad jurídica, igualdad, justicia). De allí que ninguna sociedad podría aceptar que la cantera teórica de la cual obtiene su ideario espiritual, sea una verdadera *Caja de Pandora*, una fuente de opciones irracionales y absurdas. ¡*El mito sobre la racionalidad del Derecho constituye, por lo tanto, un elemento ineludible de toda cultura!* Por más que una jurisprudencia realista del Derecho combata dicho mito –valiéndose de todo tipo de críticas– éste regresará una y otra vez como un Sísifo extraviado. Por ende, en lugar de visiones proteicas, donde la cordura se impone finalmente sobre la ignorancia pública, donde la estupidez caiga postrada ante la sabiduría, y

³ Al respecto KOCH/RÜBMANN, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, Editorial C.H. Beck, München, 1982, página 115.

⁴ NIETO, A., *El Derecho y el revés*, Editorial Ariel, Barcelona 1998, páginas 40-41 (cursiva nuestra).

⁵ BERGER, P., y LUCKMANN, TH., *Modernidad, pluralismo y crisis de sentido*, Editorial Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1997, p. 53.

donde la actividad judicial se transforme en una actividad puramente científica, hay que hacerse a la idea de que la irracionalidad humana se comporta como la Cabeza de la Hidra, que cuantas más veces se corta, más veces renace y con mayor fuerza.

2. Funciones (oficiales y mentirosas) de la fundamentación judicial

La pregunta sobre *por qué* es necesario fundamentar las sentencias resulta hoy día, para muchos, una interrogante teóricamente trivial y pragmáticamente estéril, pues su respuesta, se dice, es más que evidente. Pero: ¿lo es? Curiosamente, durante más de doce (12) siglos se consideró que era innecesario, contraproducente y hasta de “mal gusto” que un juez expusiera las razones de sus fallos. Es así como existe el aforismo latino, de antiguo abolengo, según el cual: “*si cautus sit iudex, nullam causam exprimet*” (si el juez es cauto, no expresará la causa de su decisión). La obligación de motivar las sentencias judiciales no es, entonces, una constante histórica axiomática, sino que está sujeta a las contingencias ideológicas de la época.

En nuestro tiempo, donde se idolatra la razón técnica (“*Tecno-Totemismo*”)⁶ resulta impensable tomar una decisión que no se pueda “justificar” de alguna forma. En ausencia de argumentos (aunque estos sean ilusorios) que respalden las decisiones, las voces iracundas de los afectados se alzarán y los ánimos se incendiarán, pues inmediatamente nacerá la réplica de que la decisión es *arbitraria*.⁷ Una decisión que aparezca ante la opinión pública como injustificada, se expone, en primer lugar, a ser suprimida mediante los mecanismos formales de control (recursos, apelaciones, control de constitucionalidad) y, en segundo lugar, a ser revocada mediante la violencia. Las decisiones palmariamente arbitrarias son, en los sistemas jurídicos occidentales, el preludio de revoluciones sociales.

Resumidamente, pues, se puede decir que fundamentar un fallo cumple, esencialmente, *cuatro* funciones básicas, de las cuales solo las dos primeras se acostumbran poner sobre el tapete:

a) La primera, y más evidente, es la que se podría denominar *endoprocesal*. Plasmar por escrito las razones en virtud de las cuales se toma una decisión determinada, sirve como un mecanismo interno para que los tribunales superiores puedan ejercer un *control* (aunque sea mínimo) de los alegatos esgrimidos por los tribunales de instancias inferiores. Este control puede llevarse a cabo también por medio de los abogados de las partes, quienes conocerán así los argumentos que deben combatir en los recursos de revocatoria y apelación.

b) La segunda tarea que cumple la fundamentación tiene que ver, como ya se dijo, con la presunta “*racionalidad*” de las sentencias judiciales y del Derecho en general. Volver en detalle sobre este problema es intentar “*redescubrir (por enésima vez) la rueda*”. A estas alturas en el desarrollo de la Teoría del Derecho debería resultar claro que las decisiones judiciales no son, ni

⁶ Véase al respecto a ANDRESKI, S., *Las ciencias sociales como forma de brujería*, trad. de Juan Carlos Curruchet, Editorial Taurus, Madrid, 1973.

⁷ Recuérdele aquí, no obstante, la advertencia de CARRIÓ, G., en: *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4. edición corregida y aumentada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994: “[Una] sentencia arbitraria no es más que un rótulo engañosamente único que la Corte usa para expresar y encubrir su versátil sentimiento de repulsa frente a decisiones que no le caen bien”. Y continúa argumentando el autor: “...lo único que tienen en común las sentencias que la Corte ha declarado y sigue declarando arbitrarias es que el Alto Tribunal las declara tales: *sentencia arbitraria es aquella decisión que la Corte llama arbitraria*”, páginas 287 y 288 respectivamente (cursiva nuestra).

pueden ser, estrictamente racionales. Pocos autores han expresado de una forma tan concreta e insuperable esta idea como ALEJANDRO NIETO:

“En mi opinión, aquí nos encontramos, en efecto, ante un engaño 'institucionalizado'. Por razones ideológicas, el Estado no puede admitir que sus órganos judiciales decidan por causas distintas de la racionalidad legal, que es la única que les legitima. De la misma manera que los jueces se sentirían lastimados en su dignidad personal si se atribuyeran causas no jurídicas a sus resoluciones. Para que el mundo viva en orden es imprescindible que los comportamientos humanos puedan justificarse caballeramente y, con Freud o sin él, nadie está dispuesto a reconocer en público lo que quizás no niegue en la esfera de su intimidad. *Puesto que el sistema político ha decidido que las sentencias se deducen de razonamientos lógicos, no es prudente abrir las puertas de la bodega para dejar que salgan los fantasmas de la irracionalidad o las alimañas del decisionismo.*”⁸

Por supuesto, que uno descalifique al Derecho y a su aplicación judicial como poco racionales o eventualmente irracionales, no incide sobre la circunstancia de que la racionalidad es, como ya se indicó arriba, un ideal indeleble de las sociedades humanas y de la cultura jurídica en particular. Tal y como certeramente lo vio ARNOLD, el mito de la racionalidad jurídica es uno de los componentes esenciales para la preservación del orden y de la tranquilidad social:

“Si los Tribunales –o al menos las personas que trabajan en ellos– no creyeran categóricamente que la Justicia es impartida de acuerdo con los dictados inexorables de una Ciencia-Lógica-Impersonal, entonces nuestra maquinaria para la administración del Derecho no existiría tal y como hoy la conocemos. De igual forma que los individuos cultivan sueños e ilusiones, así también lo hacen sus instituciones judiciales.”⁹

De allí que por más abiertamente despótico e irracional que se comporte un ordenamiento jurídico, siempre prevalecerá en la conciencia de las personas el deseo (real o ilusorio) de que las decisiones que allí se cosechen sean justas y racionales. Nos encontramos aquí ante la “*presencia inquebrantable del mito*” de la que habla KOLAKOWSKI o ante el “*poder gratificante de la ilusión*” al que refiere KANTOROWICZ.

c) Una tercera función que cumple la fundamentación de los fallos judiciales se refiere a la *legitimación del poder* ejercido por el Estado sobre los ciudadanos. Una sentencia, independientemente de si ésta es “racional” o no, implica ejercicio directo de las potestades de imperio de la administración pública. Esta refleja de una forma –a veces brutal como sucede en el Derecho penal– la *autoafirmación* del Leviatán social sobre el individuo concreto. Es probable que si el Estado no motivara sus decisiones (o al menos no aparentara hacerlo) se enfrentaría, tarde o temprano, con el poder despótico de las masas clamando por “Justicia”.

d) La fundamentación de los fallos judiciales cumple, finalmente, la importante función de *legitimar* la administración de justicia frente a distintos *foros* de la sociedad (o “auditorios” sociales, como les llama PERELMAN). Así, suele suceder que los jueces motiven las sentencias teniendo en mente *cuatro* grupos básicos de personas, a las que se intenta convencer de la “bondad” del fallo:

i) Las partes involucradas representan, por un lado, el auditorio directo de los operadores del Derecho. Aquí hay que tener presente que lo que el juez busca es convencer a las partes de la corrección sistemática y, finalmente, de la “justicia” de su decisión. Visto en términos realistas este ideal *nunca* se cumple. Para quien gana el caso no hay, prácticamente, necesidad de que se le

⁸ NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 2000, páginas 39-40 (cursiva nuestra).

⁹ Ver la extraordinaria obra: *The symbols of Government*, A Harbinger Book, New York, 1962.

expongan las razones por las cuales salió airoso. Él se da por satisfecho con obtener la pretensión que buscaba, independientemente de si el fundamento de esta es absolutamente injusto o no. Para quien pierde el litigio, por el contrario, no existirán argumentos que lo convenzan de su fallida derrota. De allí que, como bien decía RÜTHERS, cuán “justa” se considere una sentencia depende de quién la valore: *el ganador o el perdedor*. La misma idea ha sido expuesta, en forma insuperable, por nuestro autor multi-citado (NIETO), quien concluye:

“Ésta es, para mí, la gran –y triste– especificidad de la argumentación jurídica: *su inutilidad radical*. Porque nadie ‘escucha razones’: el vencedor porque no las necesita y el perdedor porque nunca podrá ser convencido...La argumentación jurídica se convierte de esta forma en un rito de cortesía que a nadie importa y ninguno atiende.”¹⁰

ii) El foro social más importante al que se dirige el juez con la motivación de sus fallos está constituido, empero, por los Tribunales Superiores (“Salas de Casación”). A ningún juez le gusta ver cómo sus sentencias son revocadas una y otra vez por las instancias de alzada. De allí que se cuiden mucho (en la argumentación que le dan a sus decisiones) de tener siempre presente la opinión de los Tribunales Superiores.¹¹ Esto explica el exagerado inventario de jurisprudencia que se cita en las sentencias de los tribunales de primera instancia, las cuales se convierten, de esta manera, en un “collage” absurdo y hasta ridículo, donde la técnica no es el razonamiento sesudo del juez sino el “*corte y pegue*” mecánico de los programas informáticos.

Desde esta óptica, una sentencia “eficaz” es (¡cínicamente!) aquella que evita ser revocada y no necesariamente aquella que *resuelve* el conflicto social de la mejor forma posible. Sobre esta situación nos ha ilustrado LAUTMANN, quien nos dice al respecto: “La efectividad de una sentencia se toma en consideración solo en la medida en que se estima que esa sentencia va a ser aceptada o no por los tribunales superiores. No obstante, aquí no se trata, por lo general, de la satisfacción de los afectados (punto de vista este que resulta totalmente subordinado), sino más bien de evitar la crítica formal de los tribunales superiores.”¹²

iii) Ahora bien, los jueces no están exentos, como cualquier otro ser humano, de la vanidad, de la presunción y hasta de la arrogancia propia del gremio. Ellos gustan que sus fallos sean tomados en cuenta por la doctrina a efectos de ser comentados en los libros, en los manuales o en los artículos de revistas especializadas. Y ello aún más cuando esos comentarios son encomiásticos, considerándose que la sentencia en cuestión vino a dar un giro importante en la jurisprudencia. De allí que no es inusual (particularmente en ciertos países) encontrarse fallos donde abundan las citas de literatura especializada y de eruditas elucubraciones sobre las distintas “teorías” que hay en la materia en discusión. Las sentencias se convierten así en un campo de batalla y en un foro para el ejercicio de la *gimnasia dialéctico-retórico*. Todo esto no estaría mal si no fuera por el “detalle” de que muchas veces esas disquisiciones no tienen *nada* que ver con el fondo del asunto, sino que buscan más bien lanzar una *cortina de humo* sobre los puntos verdaderamente candentes del problema.¹³ Aquí vale, entonces, recordar la sabia y aguda observación de CALAMANDREI:

¹⁰ NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 2000, página 187, cursiva nuestra.

¹¹ En nuestro país (Costa Rica) la “pleitesía” que se rinde, por parte de los tribunales de instancia a la Sala Constitucional es, en este sentido, verdaderamente elocuente.

¹² LAUTMANN, R., *Justiz – die stille Gewalt*, Athenäum Fischer Taschenbuch, Frankfurt am Main, 1972, página 72.

¹³ Algunos ejemplos concretos de lo dicho se exponen en HABA, E.P., Y BARTH, F., *Los principios generales del Derecho*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2004.

“A veces una motivación sumaria indica que el juez, a la hora de decidir, estaba totalmente convencido de la bondad de su conclusión y, por consiguiente, le parecía una pérdida de tiempo demostrar la evidencia. Mientras que, por otra parte, una motivación extensa y afinada puede delatar el deseo del juez de encubrir –a sí mismo y a los demás– a fuerza de arabescos su propia duda.”¹⁴

iv) Last but not least, los jueces fundamentan sus fallos para quedar bien con la “opinión pública” y con los medios de comunicación, siempre ávidos por el *espectáculo teatral* en el campo de la justicia. Es difícil suponer que los jueces se resistan totalmente a la “seducción publicitaria” y al “coqueteo propagandístico” que implica aparecer frente a las cámaras de televisión. Qué papel juega la prensa y los mass-media en la configuración *real* de las decisiones judiciales, es un tema que, lamentablemente, no ha sido explorado con suficiente agudeza en nuestro entorno, pero donde cabe asumir que la influencia no es poca.

3. ¿Cuándo y cómo desarrollan los jueces la “solución” de sus casos?

Otro tema que queremos estudiar, precisamente por lo polémico que es su análisis, tiene que ver con el *momento (el cuándo)* en que se lleva a cabo el acto de fundamentación de una sentencia judicial. Esta cuestión se relaciona, como puede apreciarse fácilmente, con el problema de la *cientificidad* o no del Derecho. La pregunta clave a responder es si la fundamentación judicial de las sentencias constituye un proceso lógico (“científico”), según el cual los hechos son subsumidos deductivamente dentro de un conjunto de normas, o si más bien dichas sentencias se siguen de una decisión *previamente* adoptada por el juez, valiéndose para ello de toda clase de elementos extrajudiciales (valores, política, moral). Como respuesta a esta interrogante existen, al menos, tres grupos de opiniones distintas que vale la pena repasar brevemente:

a) Según el paradigma tradicional, el cual sigue siendo dominante hasta la fecha, el acto de fundamentación de un fallo judicial se sigue de un proceso más o menos lógico (del llamado “*modelo de subsunción*”). La sentencia se infiere deductivamente de la argumentación racional de los operadores jurídicos, quienes determinan, primeramente, los hechos relevantes y, después, las normas dentro de las cuales sea posible enmarcar esos hechos hasta llegar lógicamente al fallo.¹⁵

Las críticas en contra del modelo de la subsunción judicial son hoy día masivas. La Teoría del Derecho crítica ha establecido –y con razón– que un modelo semejante atenta palmariamente contra todas las reglas psicológicas y de la experiencia. Prácticamente, ningún ser humano, en su actividad intelectual cotidiana, empieza su trabajo con una serie de construcciones abstractas sobre el mundo, para posteriormente tomar una decisión racional, sino que más bien inicia con pensamientos o casos concretos (*vivencias*) que se estimen relevantes para su propia vida y de allí en adelante se construye su justificación teórica.¹⁶ “A decir verdad”, nos dice JOHN DEWEY, “los seres humanos no empiezan a pensar valiéndose de premisas lógicas. Ellos inician [su reflexión] con algún caso altamente complicado y confuso que admite diferentes modos de tratamiento y muy diversas soluciones. El problema no reposa en derivar una conclusión a partir de ciertas premisas dadas. Eso puede ser hecho presionando las teclas de cualquier máquina inanimada. El problema está en encontrar principios generales y hechos particulares que nos sirvan de

¹⁴ Citado por NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 2000, página 165.

¹⁵ Para un análisis tradicional compárese LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, sexta edición corregida, Springer Verlag, Berlín, 1991, páginas 155-165.

¹⁶ Véase el ilustrativo estudio de PITKIN, H.F., en: *Wittgenstein. El lenguaje, la política y la justicia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, páginas 83 y ss.

premisas.”¹⁷ El modelo de la subsunción parte, pues, de la base epistemológicamente ingenua de que la sentencia es un producto lógico abstraído de las influencias subjetivas, emocionales e incluso irracionales de los propios jueces.¹⁸ De allí que este modelo no pueda más que conducirnos al hermoso (¡pero ilusorio!) *país de las maravillas*.

b) Según una segunda teoría, la decisión judicial es el resultado de un proceso inverso al expuesto arriba. El juez empieza con una conclusión *previamente* adoptada (deseada) y posteriormente busca, valiéndose de cualquier artilugio lingüístico o triquiñuela semántica, la justificación adecuada en las distintas normas del ordenamiento jurídico. Lo que el operador del Derecho hace es *justificar* sus fallos de acuerdo con sus gustos y preferencias morales, políticas, religiosas o económicas. LLEWELLYN expuso esta tesis en una forma concisa:

“Conclusion first. Rationalization to follow.”¹⁹

Para esta concepción, la cual es característica de las escuelas realistas del Derecho, la fundamentación de un fallo es solo un proceso de *racionalización psicológica* de una decisión adoptada *a priori*. Esta racionalización propicia, fundamentalmente, la legitimación de la justicia como una actividad previsible. Además, ella libera al juez del peso de tener que adoptar sus propias decisiones valorativas, permitiéndole, por tanto, el feliz auto-engaño (“wishful thinking”) que ofrece la presunta “imparcialidad judicial”. Cómo opera en realidad la búsqueda estratégica de las normas y de los hechos por parte de los jueces a la hora de tomar sus decisiones, ha sido descrito por BENDIX en una forma muy gráfica:

“...cuando los resultados queridos por el juez se oponen a postulados jurídicos aparentemente claros, entonces el juez buscará su salvación en el campo de los hechos, inventando uno que sea compatible con cualquier norma. Por el contrario, cuando los hechos no permitan una invención del fallo, poniendo así en tela de duda el resultado realmente querido, entonces el juez con experiencia busca su salvación en las normas jurídicas, hasta que haya encontrado una interpretación de éstas que le permita alcanzar la armonía con los hechos.”²⁰

c) Una tercera concepción sobre la relación entre hechos y normas y de cómo a partir de allí se deriva la sentencia judicial, fue desarrollada y popularizada por KARL ENGISCH. En este caso se trata de una tesis ecléctica, conocida como la teoría del “ir y venir de la mirada entre la premisa normativa mayor y el supuesto fáctico” (Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt).²¹ Según este enfoque (que merece nuestra aprobación) no existe, finalmente, un criterio metodológico único para adoptar una sentencia, por lo que se hace necesario acudir constantemente a la norma y a los hechos para dictar el fallo, todo valiéndose de múltiples herramientas, que no siempre son lógicas o racionales. De allí la inevitable debilidad epistemológica de toda sentencia judicial.

4. Tipos de fundamentación: entre el mito normativo y la realidad empírica

¹⁷ DEWEY, J., “*Logical Method and Law*”, en: FISHER III, W. et al, *American Legal Realism*, Oxford University Press, New York, Oxford, 1993, página 190.

¹⁸ Para una discusión del tema, HASSEMER, W., *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Editorial UTB, 6. edición, Heidelberg, 1994, páginas 249 y ss.

¹⁹ LLEWELLYN, K., “*Law and the Modern Mind*”: A Symposium, *Columbia Law Review* 31, página 83, 1931.

²⁰ BENDIX, L., *Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters*, Luchterhand, Berlin, 1968, página 144.

²¹ Véase ENGISCH, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, C. Winter, Heidelberg, 1960, página 15.

En este apartado se discutirán *dos* cuestiones importantes: la primera **(a)** tiene que ver con los diferentes *sentidos* en que se puede utilizar el concepto (ambiguo) de “fundamentación”, concentrándonos especialmente en la fundamentación de tipo normativista y sus respectivas debilidades teóricas. El segundo tema a estudiar **(b)** tiene que ver con una propuesta personal sobre las ventajas comparativas de la fundamentación empírica respecto a la normativa.

a) La fundamentación normativa como “escondite” de los jueces

Empecemos este apartado con un interrogante que hemos pospuesto desde el inicio de este ensayo, a saber: ¿Qué significa eventualmente “fundamentar” una sentencia judicial? Lo primero que hay que tener presente, al enfrentar esta cuestión, es precisamente la tremenda polisemia y ambigüedad del término “fundamentar”. Recuérdese nada más lo siguiente: lo que para mí es una “fundamentación” suficiente no lo es para otra persona, pues generalmente lo que se ofrece como “fundamento” no es más que un juicio axiológico que no tiene por qué ser aceptado por todo el mundo. Siempre es posible cuestionar el “fundamento” que se ofrezca como justificación de una acción. “Por ende, nos dice HABA, la circunstancia de elegir un fundamento determinado, apoyar cierta conclusión sobre un razonamiento dado, siempre comporta cierto grado de *arbitrariedad*: ¿por qué tomar el fundamento X en vez del fundamento Y? En última instancia, esa elección remite a un consenso.²²” Además, todo “fundamento” requiere a su vez otro “fundamento” y así hasta el infinito.

Pero, por el momento, hagamos abstracción de esta circunstancia y digamos, en términos muy generales, que “fundamentar” un fallo significa dar *argumentos o razones* plausibles para justificar por qué se ha tomado precisamente *esa* decisión en lugar de otra. Es en este sentido general que SAUVEL dice que: “Motivar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar al que la toma, a tenerlas. Es alejar todo arbitrio...Los motivos invitan [al que pierde un caso] a comprender la sentencia y le piden que no se abandone durante demasiado tiempo a 'maldecir a los jueces’”.²³ Otra definición general del concepto la ofrece HABA: “Solicitar que las afirmaciones tengan un *fundamento* vale decir que estén respaldadas en razones (aceptables). Esto constituye la definición misma del pensamiento racional, e inclusive del que simplemente pretende ser razonable. La cuestión del fundamento surge por el hecho de pedir un *por qué* para aceptar cierto juicio...”²⁴

Por supuesto, existen respecto a la fundamentación jurídica “buenas” y “malas” razones, “buenos” y “malos” argumentos, tal y como los juristas clásicos ya lo habían reconocido cuando decían: *Argumenta non sunt numeranda, sed ponderanda* (los argumentos no solo deben contarse, sino también pesarse). Aquello que distingue un “buen” argumento de uno “malo”, representa, por supuesto, una cuestión *valorativa* (y no sólo lógica) que resulta extremadamente difícil resolver y que depende de múltiples factores: el punto de partida teórico e ideológico de quien argumenta, la consistencia lógica del argumento mismo y su fuerza persuasiva. El problema de la fundamentación se relaciona, por lo tanto y de una forma estrecha, con el

²² HABA, E.P., *Elementos Básicos de Axiología. Epistemología del Discurso Valorativo Práctico*, Textos destinados a la Cátedra de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2001, página 178 (cursiva nuestra)

²³ Citado por PERELMAN, CH., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, traducción de Luis Díez-Picazo, Monografías Civitas, Madrid, 1979, página 202.

²⁴ HABA, E. P., *Invitación al razonamiento jurídico realista*, sección D): Racionalidad, Métodos, Ciencias; libro en prensa.

problema de la verdad, de la aceptación social de las sentencias y, finalmente, con el problema de los *finés de la vida humana*.

Uno podría pensar, en primer lugar, que una decisión judicial está “bien” (correctamente) fundamentada, cuando los jueces apelan sistemáticamente a las *normas relevantes* del ordenamiento jurídico para resolver sus pleitos. Con otras palabras: cuando los jueces han “encontrado” las respectivas disposiciones normativas para subsumir el supuesto fáctico en discusión, de tal forma que se llegue a un fallo que termine con el conflicto. En este caso se puede hablar de una *fundamentación normativa* de las sentencias judiciales, fundamentación que es considerada por muchos autores como un atributo esencial de la “ciencia jurídica”. Según esta perspectiva, la solución para los problemas prácticos en la aplicación del Derecho ha de buscarse estrictamente en el sistema jurídico mismo; es decir, toda solución jurídica es *per se* una solución inmanente e intrasistemática. La totalidad del ordenamiento –conceptualizado este como una *estructura-de-sentido* o como un *todo hermético*– ofrece, si él es interpretado adecuadamente por el jurista, *todas* las soluciones *correctas* para los distintos conflictos de la vida social.²⁵ Dicho con Thayer:

“...el jurista, con el documento en cuestión delante de él, puede, sentado en su mesa, inspeccionar el texto y responder a todas las cuestiones sin levantar los ojos.”²⁶

El grave problema con esta perspectiva reposa en que la fundamentación normativa deja por fuera (“*suspende*”) las *consecuencias prácticas reales* que tienen los fallos judiciales. El “sentido” de una norma jurídica no se desarrolla (como suele creerse en la dogmática) en un paraíso ideal del deber-ser, en un “Platonismo-de-las-Reglas”, como decía un filósofo alemán, sino en el procesamiento y juzgamiento de seres humanos concretos, quienes padecen en carne y hueso el “sentido” del ordenamiento jurídico en cuanto tal. Suponiendo, tal y como opina LARENZ²⁷, que el “sentido” de una disposición legal no es de tipo fáctico, sino normativo, entonces aun así permanece la interrogante sobre las *consecuencias empíricas* de estas disposiciones; esto es, la interrogante sobre los *efectos sociales e individuales* de la aplicación de las normas. Sobre este aspecto particular se suelen preocupar muy poco la ciencia jurídica y los operadores del Derecho, quienes se *esconden* más bien bajo los tecnicismos, las fórmulas vacías o de los “principios generales” para rehuir, así, la *responsabilidad ética y política* que inevitablemente implica su accionar.

Como parte de la fundamentación normativa, los jueces acuden, por lo general, a ciertos *expedientes ético(-ideológicos)* ocultos, lo que da pie, en la realidad, a un tipo de *fundamentación quasi-metafísica* de las sentencias. No es inusual que se apele, por esta vía, a determinados *valores fundamentales* que (supuestamente) se encuentran, o bien en la Constitución Política, o

²⁵ Para la perspectiva que defiende la idea de la Jurisprudencia como una “ciencia normativa”, véase LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, sexta edición corregida, Springer Verlag, Berlín, 1991, páginas 195 y ss.

²⁶ Citado por HABA, E.P., *Axiología Jurídica Fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico*, Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, 2004, página 224 (se substituyó en el texto “delante suyo” por “delante de él”).

²⁷ Para LARENZ el “tema” de la ciencia jurídica es “el Derecho vigente, entendido éste en un sentido normativo; es decir, como el paradigma de las normas por excelencia. Esto incluye necesariamente una relación de sentido respecto al pensamiento jurídico mismo, a la idea del Derecho, o como Hruschka dice, respecto al principio del Derecho sin más”, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, sexta edición corregida, Springer Verlag, Berlín, 1991, página 203. Habiendo dado este paso, LARENZ renuncia a la discusión “racional”, ya que contra conceptos tan ambiguos como la “idea de Derecho” no es posible argumentar mucho.

bien fuera del ordenamiento jurídico mismo (Derecho Natural). Independientemente de si esos valores existen o no, lo cierto del caso es que la invocación que de ellos se hace no es, por ende, estrictamente racional, sino una cuestión emotiva, ética o religiosa. Aquí están en juego incontables emociones y pasiones, de manera tal que el juez tiene únicamente la opción de buscar un consenso –relativo y precario– con la comunidad jurídica y sus colegas. Si no se logra este consenso es casi seguro que su “fundamentación” será rechazada por la comunidad jurídica y por los tribunales superiores.

La fundamentación normativa también guarda un estrecho vínculo con *expedientes pre-reflexivos* de argumentación, dando pie, precisamente, a la *fundamentación intuitiva*. En la aplicación del Derecho no se ofrecen siempre las razones explícitas del por qué se ha adoptado una decisión en lugar de otra. Por el contrario, los operadores jurídicos apelan a categorías retórico-formales tales como la “justicia”, la “equidad”, la “igualdad” o los “principios generales del Derecho” cuyo contenido racional-informativo es mínimo o nulo. Aunque con el empleo de estas *fórmulas vacías* se quiere despertar la impresión de que se acude a realidades óptico-objetivas, lo cierto del caso es que detrás de estas figuras se esconden las puertas abiertas para ingresar a los majestuosos salones de la creación judicial del Derecho y al ejercicio irrestricto del poder judicativo. Lo que es “justo” o “equitativo” lo resuelve, finalmente, el juez mismo.

En resumen: La fundamentación normativa dominante en el mundo judicial acude básicamente a *tres* tipos de expedientes para justificar sus fallos: 1) A las normas positivas del ordenamiento jurídico, en cuyo caso hay que resaltar el hecho de que esas normas no resuelven el problema fundamental de las consecuencias sociales, políticas y económicas que tienen las decisiones de un juez. Todo lo contrario: la sentencia suele dejar *intacta* la realidad. De allí que represente un engaño, ante la opinión pública, afirmar que el Derecho “soluciona” siempre los problemas sociales. 2) Se recurre, por otro lado, a criterios puramente ético-idolológicos, sobre los cuales cabe, a lo sumo, un consenso, mas no un acuerdo racional. 3) Finalmente, no es infrecuente el recurso a baremos pre-reflexivos, es decir, a parámetros intuitivos que obtiene el juez de su “experiencia vital” o de las “teorías vulgares de la cotidianidad” (Alltagstheorien). Por todas estas razones, el juez puede darse la libertad de actuar como el Gran Mago de Oz, generando ocasionalmente las decisiones que le plazca, dependiendo ello de sus convicciones morales, religiosas, políticas o ideológicas en general.

b) La realidad social como alternativa al “fetichismo de las reglas”

Un tipo alternativo de fundamentación –muy distinto al presentado en los párrafos precedentes, pero que constituye una verdadera *ave raris* en la práctica judicial– lo ofrece la *fundamentación empírica*. Acudir a los hechos dados de la realidad social para medir el alcance (eficacia) de las sentencias no es una práctica frecuente en la administración de justicia. Lo dramático de esta circunstancia reposa en que los fallos judiciales implican, usualmente, no solo la privación de libertad de una persona, la quiebra de una empresa, la destrucción de una familia o la pérdida de los bienes, sino también la transformación de una comunidad jurídica o incluso la transformación del modelo de sociedad política imperante en ese momento.²⁸

²⁸ Esta afirmación debe tomarse *cum grano salis* para no incurrir en la “falacia del todo” (Savater); es decir, en suponer que existe algo así como “la” sociedad. Un ejemplo claro, empero, de cómo una sentencia puede transformar una comunidad política lo ofrece el fallo de nuestra Sala Constitucional sobre la *reelección presidencial* en Costa Rica.

Ahora bien, las preguntas centrales que hay que contestarse en este ámbito son: ¿cómo es posible llevar a cabo una inclusión de los elementos empíricos en la praxis judicial? ¿Cómo puede utilizar la ciencia jurídica los conocimientos científicos generados en otras disciplinas? ¿Es posible abandonar el normativismo puro (“fetichismo de las reglas”) en pro de una visión más reflexiva del saber jurídico? Sobre esta cuestión se puede discutir mucho. Nosotros no queremos profundizar sobre todas las sutilezas técnicas a que podría llegar este debate, sino más bien *proponer* algunos puntos centrales, los cuales, según nuestro parecer, resultan de interés para un ejercicio *más realista* (o acaso *menos ingenuo*) de la actividad judicial. El enfoque aquí propuesto coincide, en buena medida, con la *concepción social-tecnológica* del derecho que propugna Hans Albert desde las bases del racionalismo crítico.²⁹

Nuestra reflexión es, dicho en términos muy concretos, la siguiente: Existen, al menos, *cinco* grupos de problemas en la aplicación práctica del Derecho dentro de los cuales resulta posible, en mayor o menor grado, una implementación de argumentos empíricos³⁰, con la consecuente inclusión de los trabajos de las ciencias sociales en el ámbito jurídico. Esta inclusión permitiría, según el enfoque aquí defendido, un incremento, al menos relativo, de los criterios de *racionalidad e intersubjetividad* científica en los debates jurídicos.

a) La fundamentación empírica puede, en primer lugar, cumplir una *función crítico-desmitificadora* respecto a las estructuras de pensamiento tradicionales de los juristas. La empirie está llamada, según este punto de partida, a prevenirnos contra argumentaciones contrafácticas y contra los fantasmas especulativos que resultan ya, desde la base de un conocimiento cotidiano, irrealizables o quiméricas. La plausibilidad de un argumento empírico no debe, sin embargo, estar respaldada, necesariamente, por “rigurosísimos” estudios o investigaciones experimentales. Tales estudios constituyen más bien el refugio de aquellos que no tienen nada que decir o de quienes para afirmar que la “luna es redonda” intentan regresar hasta la astronomía de los Aztecas. Es suficiente cuando sea posible, al menos *hipotéticamente*, imaginarse que el postulado que se defiende en un determinado contexto tiene una buena oportunidad de soportar un estudio empírico y ser corroborado o confutado por éste en el supuesto de que dicho estudio se realizara. Esta simple prevención –aunque ella sea un instrumento puramente heurístico– serviría para desterrar del ámbito de lo “científico” muchas construcciones jurídicas que resultan, a todas luces, meras elucubraciones mentales o productos mal habidos del “*wishful thinking*” (HABA).

b) Los elementos empíricos pueden también ser útiles en la práctica del Derecho para resolver problemas de pronóstico (*Prognoseprobleme*). No rara vez los juristas (en especial los jueces) deben trabajar con *predicciones* respecto a fenómenos futuros. Un ejemplo claro de esta situación lo ofrece el artículo 56 inciso 1 del Código Penal alemán³¹, donde se dice que “en caso de una condena que implique una pena de prisión menor a un año, el juez puede otorgar la

²⁹ Para una presentación y crítica de este enfoque, véase el libro: *La ciencia del derecho como ciencia real*. Presentación, traducción y notas de Minor E. SALAS, En prensa: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara S.A., México.

³⁰ En muchos sentidos sigo aquí las tesis de OPP, K.-D., *Soziologie im Recht*, Rowohlt, Hamburg, 1973, páginas 14-40; véase, además, ALBERT, H., *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz*, Baden-Baden 1993.

³¹ Este es, por supuesto, un ejemplo aislado de cómo los argumentos empíricos pueden ser utilizados en el Derecho Penal. Pueden haber, claro está, otras opciones, como por ejemplo, pronósticos sobre el efecto que pueden tener las normas o una sentencia en una comunidad jurídica.

libertad condicional *cuando es de esperar* que el condenado ha sido intimidado por la imposición de la pena y que no cometerá más hechos delictivos en un futuro.”

En el caso del Derecho Penal costarricense tampoco son extrañas estas predicciones. Así, por ejemplo, el artículo 51 del Código Penal considera que la pena debe imponerse de tal forma que contribuya a la “*acción rehabilitadora*”, lo que nos conduce a preguntar: ¿Cómo tiene que imponerse la sanción para que cumpla ese propósito? Algunos otros ejemplos evidentes de nuestro sistema donde el juez debe realizar *pronósticos*, son: el “*peligro de fuga*” (art. 240 CPP) o el “*peligro de obstaculización*” (art. 241 CPP). La pregunta clave es: **¿Cómo efectúan los jueces hoy día estos pronósticos?**

Frente a esta pregunta hay que contestar, con toda sinceridad, que los tribunales trabajan en este campo con métodos de predicción prácticamente “*adivinatorios*” y por ello estériles desde el punto de vista científico. La praxis jurídica se orienta acá, más que por la consideración de baremos empíricos, por la “*intuición forense*” o por la “*experiencia personal*” de los operadores del Derecho, lo que redundará, finalmente, en una forma de *esoterismo* epistemológico.

c) Los argumentos empíricos pueden, por otro lado, ser útiles para la solución de problemas explicativos (*Erklärungsprobleme*) en la aplicación del Derecho. Un problema explicativo es aquel que tiene la forma lógica de un “*por qué*” genético: ¿por qué actuó el autor del hecho delictivo de una determinada forma, por ejemplo, con alevosía o ensañamiento (art. 112 inc. 4 CP)? En la respuesta a este tipo de preguntas, los jueces deben recurrir a ciertas teorías que sean capaces de explicar adecuadamente los problemas. Una teoría científica es fundamentalmente una construcción que obedece al esquema causal: “*si-entonces*”.³² Ahora bien, en el caso ideal los jueces deberían apelar, para la solución de problemas, a las teorías científicamente corroboradas. Esto no sucede siempre así. Es usual que los jueces acudan más bien a las llamadas “*teorías de la cotidianidad*” (Alltagstheorien) o conocimiento vulgar; esto es, a presunciones tremendamente simplificadas o falsas sobre la realidad social. Desde el punto de vista histórico, existen en el Derecho ejemplos espectaculares (¡por apócrifos y peligrosos!) del empleo de teorías vulgares de la cotidianidad.

Ejemplo: El tribunal condenó al imputado a una pena de prisión de un año y nueve meses por una simple contravención. El condenado le solicitó al tribunal que, en virtud del hecho cometido (una contravención) y a que ya había cumplido más de dos tercios de la pena de prisión preventiva (§ 26 StGB), que se le otorgara libertad condicional. El tribunal se niega a ello, motivando el fallo de la siguiente forma: “*La opinión contraria [es decir, aquella que hablaba a favor la libertad condicional] ignora, asimismo, que existen ciertos tipos de autor (Tätertypen), respecto a los cuales cualquier intento de influencia educativa o resocializadora en la ejecución de la pena es de antemano un completo fracaso.*”³³ (Tomado del BGHSt 6, 215 (218, cursiva nuestra).

³² Para recordar: Un enfoque bastante aceptado hoy día de lo que es una “teoría científica” lo ofrece el esquema de HEMPEL-OPPENHEIM. Veamos un ejemplo muy simple:

1. Teoría: SI una persona tiene problemas financieros y familiares, ENTONCES se cometen cierto tipo de delitos (como por ejemplo hurtos o robos)
2. Condiciones marginales: La persona A tiene problemas financieros y familiares
3. Explanandum: La persona A cometió un delito de hurto. (Este sería el hecho que debe explicarse).

Por supuesto, que no estamos afirmando aquí que semejante teoría sea válida. Lo que nos interesa es mostrar simplemente su forma lógica.

³³ Similar también la sentencia del BGHSt 20, 100 (103).

No es necesario recordar aquí los efectos nefastos que tuvo esta fundamentación, basada en la doctrina racista del “tipo de autor” (Tätertyplehre) durante el Nacional-Socialismo, y que se fundamentaba en el supuesto, desde todo punto de vista cuestionable, de que habían “tipos” de seres humanos (“arios” y “no-arios”, “criminales” y “no-criminales”, etc.).

d) El empleo de postulados empíricos puede contribuir también a la solución de problemas *tecnológicos*. Debe entenderse por un “problema tecnológico” aquel que se puede formular en términos de medios y fines y que obedece, por tanto, al esquema de eficiencia en MAX WEBER. LO que se busca es responder a la pregunta: ¿qué se puede hacer si se desea alcanzar ciertas metas? Esto es: ¿Qué medios tecnológicos, o sea instrumentales, pueden utilizarse para lograr los fines perseguidos de la forma más eficiente posible? Un claro ejemplo de un problema tecnológico lo da, en el ámbito del Derecho penal, la problemática misma de la pena. La cuestión fundamental que se debe plantear el operador del Derecho en este caso es: ¿con cuáles medios (prisión, multa, conciliación, reparación del daño) se pueden alcanzar de la mejor manera los fines del Derecho penal (cualesquiera que estos sean)?

En el caso del ordenamiento costarricense es claro que las decisiones judiciales en torno a los problemas tecnológicos (de medios-fines) se suelen adoptar sin respaldo empírico alguno. A título de ejemplo, puede uno preguntarse ¿cómo hace un juez para saber si una pena de 10 años de prisión es más efectiva para lograr la “rehabilitación” del condenado, referida por el artículo 51 del Código Penal, que una pena de 50 años? *¡El imperio de las “adivanzas” es el que aquí, muchas veces, domina!*

e) Finalmente, las investigaciones empíricas pueden contribuir también a la solución de problemas valorativos (*Wertungsprobleme*). En este tipo de problemas se busca responder a la pregunta de *qué se debe hacer* en ciertas situaciones de conflicto de intereses o de creencias. Los problemas valorativos representan, tal y como se puede apreciar, la contrapartida de los problemas tecnológicos. Ejemplos típicos son: ¿se debe castigar la eutanasia activa o no? ¿En qué condiciones se debe permitir el trasplante de órganos? ¿Deben ser castigados los miembros de grupos extremistas (“maras”) por la sola pertenencia al grupo? ¿Se deben castigar a las madres que abortan? Resulta, en principio, correcto decir que una derivación lógica de postulados éticos no se logra a partir de la observación de la realidad empírica; no obstante, esos conocimientos empíricos pueden ser útiles para obtener ciertos puntos de referencia a partir de los cuales resulte posible tomar una decisión lo más adecuada posible a los fines que se persiguen.

Ahora bien, a pesar de todo lo dicho hasta aquí, es decir, a pesar de nuestro *deseo* de que los tribunales de justicia apelen, con mayor frecuencia, a la experiencia fáctica (o sea, a los argumentos empírico-científicos) para fundamentar sus sentencias, tampoco podemos ocultar nuestro *escepticismo* al respecto. La práctica forense y la ideología profesional del jurista se basan, esencialmente, en una plataforma normativista. El empleo de argumentos puramente legalistas, es decir, la presencia de lo que FRANK denominaba el “*Fetichismo de la Reglas*”, está demasiado arraigado en la mentalidad de los operadores del Derecho, y en nuestra sociedad en general, como para que un cambio significativo esté a la vista. Hay que tener en cuenta que el normativismo permite varias cosas:

a) En primer lugar, permite el empleo, por parte de la administración de justicia, de simples fórmulas vacías (“naturaleza jurídica”, “bien común”, “interés público”) que, a su vez, propician realizar el trabajo con poco o ningún esfuerzo (*facilismo burocrático*).

- b) Se favorece, además, el ocultamiento de los verdaderos motivos de la sentencia; es decir, de aquellas circunstancias (religiosas, morales, políticas, económicas) que han determinado, en la realidad, el fallo.
- c) Por último, el normativismo propicia, esencialmente, un *escape ciego* (Blindflug)³⁴, por parte del juez, respecto a la responsabilidad ético-política que implican sus acciones.

En definitiva: el rito de la fundamentación normativista es de una enorme utilidad social. Ella le ofrece al público el consuelo (mentiroso) que este quiere oír, a saber: que los tribunales de justicia están trabajando según parámetros objetivos y racionales, que la justicia se imparte igual para todos, que no existe arbitrariedad en los fallos, que el juez es un operador imparcial, que la aplicación de la ley es un proceso mecánico, y otras tantas fantasías más que son, finalmente, las que sostienen y legitiman el accionar del poder judicial.

5. A título de conclusiones generales

Resumamos, pues, los resultados obtenidos en este trabajo:

a) No existe, en materia jurídica, una *única* forma de fundamentar las sentencias, ello puesto que el concepto mismo de “fundamentación” es muy ambiguo. Todo fundamento requiere, a su vez, otro fundamento que lo justifique y así sucesivamente *ad infinitum*. Lo que el jurista (o el juez) debe hacer, finalmente, es *escoger* aquellos argumentos que él quiere utilizar para fundamentar jurídicamente sus fallos. Esa elección no es solo una cuestión lógica, sino, y esencialmente, valorativa (política). *Esto hace del problema de la fundamentación un problema de carácter moral que involucra la responsabilidad personal y social de los juristas.*

b) Aunque en nuestra cultura jurídica existe la firme creencia de que es necesario fundamentar *científicamente* las decisiones judiciales (“Tecno-Totemismo”), lo cierto del caso es que ello no es siempre posible. Puesto que el objeto del Derecho lo constituyen las relaciones y conflictos humanos, siempre maleables y cambiantes, entonces las razones que se puedan dar para una decisión son también maleables y cambiantes. En este campo toda decisión está, por lo tanto, sujeta al consenso más que a la racionalidad científico-tecnológica, a la finalidad perseguida más que a la verdad. El juez tendrá, finalmente, que *elegir* él mismo aquel o aquellos argumentos que desee utilizar para sustentar sus decisiones, y ello con la plena conciencia de que esas razones pueden ser tan válidas y contingentes como sus contrarias. El carácter decisivo de un fallo judicial no lo da, entonces, la norma sino más bien la opción valorativa (moral) del juez.

c) Hay básicamente *dos* diferentes formas de fundamentar las decisiones de los jueces: mediante argumentos normativos o empíricos. La dogmática jurídica prefiere la argumentación normativa, lo que conduce, en no pocas ocasiones, a un tipo de actividad judicial caracterizado por pseudo-argumentos intuitivos de corte esencialista (la “naturaleza jurídica”, los “principios generales del Derecho”, la “Justicia”, “la Verdad”). En contra de este tipo de fundamentación, nosotros hemos apelado por un mayor uso de argumentos de tipo empírico en las decisiones judiciales, conscientes de que su empleo entraña dificultades a veces insalvables. La principal de estas dificultades reposa en el hecho de que la sociedad, en general, exige de los tribunales una “justicia” que sea racional, objetiva, imparcial y verdadera. No importa que estos objetivos sean

³⁴ La expresión es de RÜTHERS, B., *Anleitung zum fortgesetzten methodischen Blindflug*, en la *Revista: NJW*, p.1249 y ss., 1996.

ilusiones, lo que importa es el carácter de “*consuelo espiritual*” que ellos representan para las personas. Nos encontramos, finalmente, ante una forma de auto-engaño colectiva.

d) De allí que la única “receta” válida para fundamentar una sentencia es, finalmente, esta: *¡No hay tal receta!* El juez tendrá que cargar con el peso de su propia responsabilidad. Él está, para parafrasear a SARTRE, “*condenado a ser libre*”.

Bibliografía básica citada

ALBERT, H., *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz*, Baden-Baden, 1993.

ANDRESKI, S., *Las ciencias sociales como forma de brujería*, trad. de Juan Carlos Curruchet, Editorial Taurus, Madrid, 1973.

ARNOLD, TH., *The symbols of Government*, A Harbinger Book, New York, 1962.

BENDIX, L., *Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters*, Luchterhand, Berlin, 1968.

BERGER, P., y LUCKMANN, TH., *Modernidad, pluralismo y crisis de sentido*, Editorial Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1997.

CARRIÓ, G., en: *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4. edición corregida y aumentada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

DEWEY, J., “*Logical Method and Law*”, en: FISHER III, W. et al, *American Legal Realism*, Oxford University Press, New York, Oxford, 1993.

ENGISCH, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, C. Winter, Heidelberg, 1960.

HABA, E. P., *Invitación al razonamiento jurídico realista*, libro en prensa.

_____, *Axiología Jurídica Fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico*, Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, 2004.

_____, *Elementos Básicos de Axiología. Epistemología del Discurso Valorativo Práctico*, Textos destinados a la Cátedra de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2001.

HABA, E.P., Y BARTH, F., *Los principios generales del Derecho*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2004.

HASSEMER, W., *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Editorial UTB, 6. edición, Heidelberg, 1994.

KOCH/RÜBMAN, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, Editorial C.H. Beck, München, 1982.

LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, sexta edición corregida, Springer Verlag, Berlín, 1991.

LAUTMANN, R., *Justiz – die stille Gewalt*, Athenäum Fischer Taschenbuch, Frankfurt am Main, 1972.

LLEWELLYN, K., “*Law and the Modern Mind*”: A Symposium, *Columbia Law Review* 31, páginas 83 y ss., 1931.

NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 2000.

___ *El Derecho y el revés*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998.

OPP, K.-D., *Soziologie im Recht*, Rowohlt, Hamburg, 1973.

PERELMAN, CH., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, traducción de Luis Díez-Picazo, Monografías Civitas, Madrid, 1979.

PITKIN, H.F., en: *Wittgenstein. El lenguaje, la política y la justicia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

RÜTHERS, B., *Anleitung zum fortgesetzten methodischen Blindflug*, en la Revista: NJW, p. 1249 y ss., Alemania, 1996.

SALAS, Minor E., *Kritik des strafprozessualen Denkens. Rechtstheoretische Grundlagen einer (realistischen) Theorie des Strafverfahrens*, Verlag C.H. Beck, Münchener Universitätschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris, Peter Lerche, Claus Roxin, Band 194, Munich, 2005, XIV + 391 pp.

WEBER, M., *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Kiepenheuer & Witsch, Köln, Berlin, 1956.