

## CAPÍTULO II

### LA MOTIVACIÓN COMO FUENTE DE INDICIOS

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

#### 1. LA MOTIVACIÓN COMO CONJUNTO DE HECHOS SIGNIFICANTES

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

■ Michele Taruffo ■

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

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

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

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

#### ■ La motivación como fuente de indicios ■

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

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

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

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

▪ Michele Taruffo ▪

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

2. LA INTERPRETACIÓN INDICIARIA DEL SIGNIFICADO  
DE LA MOTIVACIÓN

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

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

## ■ La motivación como fuente de indicios ■

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

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

### a. Tipos de situaciones interpretativas

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

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

▪ Michele Taruffo ▪

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

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

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

#### ■ La motivación como fuente de indicios ■

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

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

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

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

▪ Michele Taruffo ▪

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

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

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

#### ■ La motivación como fuente de indicios ■

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

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

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

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

■ Michele Taruffo ■

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

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

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

**▪ La motivación como fuente de indicios ▪**

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

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

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

▪ Michele Taruffo ▪

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

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

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

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

#### ■ La motivación como fuente de indicios ■

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

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

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

▪ Michele Taruffo ▪

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

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

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

#### ■ La motivación como fuente de indicios ■

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

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

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

■ Michele Taruffo ■

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

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

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

#### ■ La motivación como fuente de indicios ■

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

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

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

▪ Michele Taruffo ▪

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

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

#### ■ La motivación como fuente de indicios ■

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

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

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

■ Michele Taruffo ■

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

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

Sin intentar realizar clasificaciones abstractas, puede bastar algún ejemplo:

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

#### ■ La motivación como fuente de indicios ■

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

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

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

#### 4. LA MOTIVACIÓN COMO HECHO NO SIGNIFICANTE

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

▪ Michele Taruffo ▪

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

a. La aproximación realista

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

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

#### ■ La motivación como fuente de indicios ■

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

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

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

▪ Michele Taruffo ▪

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

*b. La aproximación psicológica*

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

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

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

#### ■ La motivación como fuente de indicios ■

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

##### c. La aproximación irracionalista

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

■ Michele Taruffo ■

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

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

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

Una segunda postura que podemos calificar de “irracionalismo filosófico-axiológico”, tiende a delinear la actividad del juez a partir de categorías filosóficas extrañas y contrastantes respecto de aquellas en las cuales se funda la construcción de modelos lógicos y racionales del juicio, y ponen en la base del juicio jurídico una elección de naturaleza intuitiva<sup>60</sup> de la que se niega la posibilidad de ser reconducida dentro de esquemas discursivos racionales. La vertiente axiológica de este tipo de doctrina irracionalista del juicio jurídico es, además, aquella en la que la naturaleza fundamental de las elecciones realizadas por el juez son individuadas en el juicio de valor, excluyendo la posibilidad de ser analizadas mediante categorías racionales y utilizando, en consecuencia, nociones absolutistas, naturalistas o propias del inmanentismo, del concepto de “valor”.<sup>61</sup> También aquí, en sustancia, la tipología de las actividades intelectuales del juez se reducen al monotipo de la intuición, con el carácter distintivo dado por el hecho de que lo que se indica como objeto de la intuición del juez es esencialmente un valor. Al cambiarse de tal manera el acto de la decisión al plano de lo no racional o de lo no racionabilizable —como lo es el de lo absoluto o el del valor trascendente o inmanente como objeto de la intuición— queda claro que la motivación, con sus inevitables características de logicidad y de discursividad, no puede ser concebida como algo extraño, ficticio y, en el fondo, irrelevante desde el punto de vista de la teoría del juicio.<sup>62</sup>

#### ■ La motivación como fuente de indicios ■

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

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

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

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

▪ Michele Taruffo ▪

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

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

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

#### ■ La motivación como fuente de indicios ■

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

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

▪ Michele Taruffo ▪

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

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

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

#### ■ La motivación como fuente de indicios ■

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

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

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

## NOTAS

---

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

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

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

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

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

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

▪ Michele Taruffo ▪

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

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

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

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

## ■ La motivación como fuente de indicios ■

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

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

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

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

■ Michele Taruffo ■

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

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

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

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

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

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

18 *Cfr. infra*, cap. III.

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

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

## ■ La motivación como fuente de indicios ■

21 Cfr. *infra*, cap. V.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

■ Michele Taruffo ■

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

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

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

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

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

## ■ La motivación como fuente de indicios ■

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

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

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

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

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

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

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

■ Michele Taruffo ■

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## ■ La motivación como fuente de indicios ■

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

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

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

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

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

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

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

■ Michele Taruffo ■

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

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

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

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

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

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