NOTAS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE CONTEXTOS DE DESCUBRIMIENTO Y DE JUSTIFICACIÓN AL RAZONAMIENTO JUDICIAL

*Daniela Accatino**

RESUMEN

Este trabajo se ocupa de la recepción en la teoría del derecho de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, como un esquema conceptual útil para reflexionar en torno al razonamiento jurídico. Su objetivo central es el de poner en discusión una tesis que suele afirmarse cuando se utiliza esa distinción y que alude a la confusión entre ambos contextos en que habrían incurrido los planteamientos del realismo norteamericano. La crítica de esa tesis le permite a la autora, además, explorar la pregunta por la conexión entre ambos contextos y su relación con la comprensión de la exigencia de fundamentación de las decisiones judiciales.

El recurso a la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, que había sido incorporada al lenguaje de la filosofía de la ciencia en los años treinta,[1] se volvió usual, partir de la década de los sesenta, entre los teóricos del derecho que han pretendido oponer una réplica a las corrosivas tesis del realismo norteamericano y recuperar algún espacio para la imagen del silogismo judicial. En este trabajo me propongo discutir uno de los tópicos que suele ir ligado a la aplicación de esa distinción al razonamiento judicial: el tópico de la confusión entre ambos contextos en que habrían incurrido los planteamientos realistas. Para ello comenzaré por recordar las tesis centrales del realismo norteamericano, especialmente las que integran su crítica a la teoría silogística de la decisión judicial (1), para luego describir brevemente el contenido de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación cuando es aplicada a la decisión judicial (2), y concluir evaluando la solidez del tópico de la confusión y también formulando algunas observaciones sobre la posible conexión entre los dos contextos, una cuestión omitida en las referencias clásicas a la distinción y que en cambio los planteamientos realistas tienen el mérito de haber expuesto a discusión (3).

* Licenciada en Derecho U. de Chile. Abogada. Profesora de Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales U. Austral de Chile.

[1] La primera formulación explícita de la distinción se debe a H. Reichenbach (1938: 6-7), quien la utiliza para diferenciar la tarea de la sicología de la tarea específica de la epistemología. Una distinción homóloga habría sido anticipada por K. Popper (1934: 31-2) al diferenciar la "sicología del conocimiento" de la "lógica del conocimiento". (En el sistema de referencias bibliográficas utilizado en este trabajo se indica el autor, el año de la edición original y la página pertinente; para obtener datos adicionales acerca de la obra aludida el lector puede remitirse a la bibliografía que hay al final del trabajo.)

1. La crítica realista de la concepción silogística de la decisión judicial

El realismo norteamericano fue una de las escuelas o corrientes de pensamiento jurídico que integró la famosa 'revuelta contra el formalismo' (expresión que corresponde al título del también famoso libro de White [1949]) que, entre los últimos años del siglo diecinueve y el primer tercio del siguiente, sometió a una intensa crítica la imagen del derecho ofrecida por la ciencia jurídica decimonónica.[2] Blanco de esas críticas fue particularmente la concepción formalista de la aplicación judicial del derecho, dominante en la cultura jurídica de los estados liberales del siglo diecinueve.

Esa concepción se estructuraba en torno a la figura del llamado silogismo judicial, que representa a la aplicación judicial del derecho como una actividad mecánica, consistente en extraer de las premisas, dadas por las normas jurídicas aplicables y los hechos del caso, la conclusión lógica –que constituye, por cierto, la única solución correcta para el caso.[3] Esa imagen de la tarea judicial estaba ligada además a un cierto modo de concebir el derecho a aplicar y la interpretación jurídica: ella presuponía una concepción del derecho como un conjunto pleno y coherente de textos normativos, identificables según criterios formales de reconocimiento, y una concepción de la interpretación como una actividad cognoscitiva de normas ya dadas en los textos normativos, dotados de un significado normativo preconstituido y unívoco.[4]

[2] Algunas otras escuelas o movimientos que coincidieron con el realismo en ese esfuerzo crítico fueron: la *libre recherche scientifique* de Gèny en Francia, la *Interessenjurisprudence* y la *Freirechtsbewegung* en Alemania, el realismo escandinavo y, en los Estados Unidos, la *sociological jurisprudence* de Holmes, Pound y Cardozo, precursora del realismo.

[3] Bulygin (1963: 349) resume el contenido de la "teoría del silogismo judicial" en las siguientes proposiciones: "1) La sentencia es una conclusión del razonamiento hecho por el juez en los considerandos. 2) Las premisas de este razonamiento están dadas por las normas aplicables y los hechos del caso. 3) La actividad del juez (una vez determinados los hechos) es puramente mecánica: consiste en extraer una conclusión lógica de las premisas dadas. 4) La sentencia está determinada por las normas. 5) En cada caso hay una y sólo una solución correcta: es la conclusión del razonamiento contenido en los considerandos". En consecuencia, esta teoría sostiene que el conocimiento de las normas es fundamental para la ciencia jurídica (6)".

[4] Se trata de algunas de las tesis que integran lo que Bobbio (1961: 141ss-237ss) denomina positivismo teórico (o positivismo como *teoría* del derecho) –característico de la escuela de la exégesis o la jurisprudencia de conceptos– para distinguirlo de las tesis propias del positivismo metodológico (o positivismo como *método* para el estudio del derecho). Esa concepción de la interpretación, que suele designarse como formalista o cognoscitivista, iba unida además, en la dogmática decimonónica, a una comprensión formalista de la argumentación interpretativa, según la cual los métodos para la determinación de ese significado 'verdadero' debían basarse en elementos considerados intrínsecos a la normas o al sistema de normas en cuestión –el significado propio de las palabras, la intención del legislador histórico, la esencia de los conceptos jurídicos y/o la posición de una norma en el sistema de derecho– y no en consideraciones teleológicas (relativas a valores sociales, intereses merecedores de tutela o a la aceptabilidad o inaceptabilidad moral de las consecuencias de una regulación), económicas y, en general, en factores considerados extrínsecos (cfr. Chiassoni [1995: 148-9], quien distingue entre formalismo interpretativo y formalismo argumentativo). Es interesante notar que también en el contexto del *common law* tuvo vigencia esta concepción del derecho y de la interpretación jurídica, favorecida probablemente por la fuerza que adquirió también en el ámbito anglosajón la concepción de la legislación como fuente *par excellance* de derecho: ella condujo a la redefinición del precedente como una forma de legislación delegada y al arduo (y más o menos infructuoso) trabajo de los juristas, por más de un siglo, en torno a la esquiva noción de *ratio decidendi* –la regla de derecho unívoca que podría descubrirse en cada precedente obligatorio– (cfr. MacCormick, 1978: 60). Por último, puede ser oportuno indicar que esta teoría de la actividad judicial no presupone sólo una cierta concepción del derecho y la interpretación, sino también una epistemología positivista que omite los problemas inherentes al juicio sobre los hechos del caso (cfr. sobre esto, por ejemplo, Gascón [1999: 27ss.],

Una nota distintiva de la concepción silogística de la tarea judicial –que, como veremos, tiene importantes consecuencias en relación al tema de este trabajo– es la ambigüedad con que ella parece proponerse, indistintamente, como una teoría descriptiva del razonamiento del juez ('el razonamiento judicial *es* una actividad deductiva, puramente cognoscitiva') y como una teoría prescriptiva o doctrina de la decisión judicial, ligada a un cierto modelo de la fundamentación o motivación de las sentencias ('el razonamiento del juez *debe* consistir en un razonamiento de tipo silogístico y debe ser reproducido fielmente en la sentencia, indicando en ella las normas jurídicas de las que se sigue lógicamente la decisión').[5]

La crítica realista abarcó, en cualquier caso, esas dos posibles dimensiones, negando por una parte que la concepción silogística pudiera constituir una correcta descripción de la actividad decisoria del juez, dada la inevitable presencia de espacios abiertos a la valoración y la elección entre alternativas, y criticando por otra parte el estilo deductivo o cuasi-deductivo de fundamentación de las decisiones judiciales –que solía mostrar la decisión como la conclusión inevitable obtenida mediante una serie de operaciones puramente cognoscitivas a partir de una o varias disposiciones legales (o precedentes, en el caso de los ordenamientos de *common law*)– al subrayar su efecto ocultador de las razones efectivamente determinantes en las opciones enfrentadas por el juez.

1.1.

Partamos por considerar primero los argumentos con que el realismo norteamericano sostuvo la inadecuación de la concepción mecánica o silogística de la función judicial en cuanto teoría descriptiva del razonamiento decisorio del juez. La estrategia argumentativa del realismo se sirvió, según veremos, de dos clases de argumentos: *argumentos teóricos* que miraban a relevar los múltiples espacios de indeterminación en la aplicación de las reglas jurídicas que –al menos en "cualquier caso lo suficientemente dudoso para hacer plausible la litigación" (Llewellyn, 1931: 1239)– significaban para el juez la posibilidad de optar entre diversas soluciones admisibles, y, por otro lado, *argumentos empírico-descriptivos*, basados en el estudio, a través de diversos métodos, de aquello que los jueces hacen efectivamente al decidir un caso.

Los *argumentos teóricos* del realismo contra la teoría silogística de la actividad judicial apuntaban a mostrar cómo la indeterminación del derecho (aspecto destacado por la vertiente moderada del realismo o de los *rule skeptics)* o la de los hechos (aspecto que destacaba la vertiente más radical, de los *fact skeptics)* hacían que lo que esa teoría presentaba como un dato preconstituido, que servía de premisa a la tarea puramente mecánica del juez, resultara ser en verdad un producto construido por el juez a partir de sus valoraciones y elecciones.[6]

En cuanto a la indeterminación del derecho –y, por consiguiente, a la forma en que es *construida* la premisa mayor del supuesto silogismo judicial–, los realistas prestaron

quien da cuenta del paso del reconocimiento de la fisonomía probabilística del conocimiento de los hechos propio de la cultura jurídica ilustrada y, en general, de la epistemología empirista dominante en esa época, a la confianza de la ciencia y la praxis procesal en la obtención de una certeza absoluta, característica de "la más tosca y minoritaria epistemología positivista").

[5] A esta ambigüedad se ha referido recientemente Chiassoni (1999: 153ss.). Tal vez, y parafraseando a la autora que citaba en la nota anterior, también aquí podría hablarse de un desplazamiento desde el modelo del silogismo judicial propio de la Ilustración –representada por el ejemplo clásico de Beccaria– concebido como doctrina normativa y ligado a ciertas condiciones de posibilidad (como la formulación clara y precisa de leyes, la neta separación entre lo reglado y lo irrelevante jurídicamente y la interpretación judicial literal) y el tosco modelo silogístico del formalismo decimonónico concebido como descripción del razonamiento decisorio y ligado al olvido de las condiciones de posibilidad indicadas por la concepción ilustrada.

[6] La distinción de esos dos grupos o tendencias dentro del realismo norteamericano fue sugerida por J. Frank (cfr. 1949: 73 y 1963: x y ss.), el líder de los *fact skeptics.*

atención tanto la relación del juez con los precedentes como con la legislación.[7] En cuanto a la primera, sostuvieron que tanto en la elección de el o los precedentes aplicables como en la determinación de su *ratio decidendi* el juez se encontraba ante diversas alternativas de solución posibles (cfr. Llewellyn, 1930a: caps. I-II y Twining, 1983: 232ss.). La indeterminación en la elección del precedente se relacionaba con la necesidad de una previa calificación de los hechos del caso sobre el que se debiera decidir, en la que, dada la "flexibilidad" de los hechos, es decir la posibilidad de relatarlos de diversas maneras, más o menos generales, el juez podrá elegir usualmente entre varias alternativas. Por otro lado, en la extracción de la *ratio decidendi* y la formulación de la regla jurídica, la falta de formas verbales fijas en la fundamentación de las sentencias facilitaba la obtención a partir de una decisión anterior de no sólo una sino varias normas más o menos amplias, que podían cubrir respectivamente una cantidad diferente de supuestos de hecho. A estos factores de indeterminación se agregaba otro de especial importancia: la vasta gama de técnicas legítimas y a menudo contradictorias entre sí de que disponen los intérpretes –¡Llewellyn (1960: 77) llegó a contar sesenta y cuatro!– para "maniobrar" con los precedentes y que abren al juez diversas posibilidades, desde seguir el precedente, a revocarlo [*overruling*] o apartarse de él [*distinguishing*]. Fue a partir de la consideración de esta multiplicidad de técnicas que el mismo autor (1930a: 73ss.) afirmó que en realidad no había una sola doctrina del *stare decisis* sino dos: una que permitía liberarse de los precedentes indeseables y otra que permitía aprovechar al máximo los precedentes útiles.

También la interpretación de los *statutes* fue tomada en cuenta por los realistas americanos en la discusión acerca de la indeterminación del derecho. En un artículo dedicado al tema, Radin –otro realista de la corriente de los escépticos de las reglas– constata la esencial vaguedad de las palabras que designan clases de situaciones o eventos –como las que suelen ser utilizadas en las disposiciones legales para definir los supuestos de hecho regulados–, debida al carácter necesariamente único de cualquier acontecimiento (1930: 868), y caracteriza a la interpretación de una disposición legal, dirigida a establecer si la situación determinada que constituye el caso actualmente conocido por el juzgador puede ser considerada como una especificación de la variable [*determinable*] más amplia descrita por la ley, como una elección relativamente amplia entre un mínimo y un máximo de extensión de esa variable (1930: 879). Una operación que desde el punto de vista lógico resulta meramente arbitraria y que los métodos de interpretación tradicionales no logran orientar unívocamente: más que servir de guía, dice Radin, "la presencia de tantas 'teorías' y 'métodos' de interpretación confusos, contradictorios y sin sentido, crea en torno a los tribunales una atmósfera turbia que no facilita el pensamiento claro" (1930: 882). Este último punto fue señalado también por Llewellyn (1950: passim), quien enumeró más de setenta cánones interpretativos aceptados como reglas correctas acerca de cómo leer una ley y expuso gráficamente, a través de un cuadro dividido en dos columnas, su forma de funcionar como "pares de opuestos" capaces de justificar construcciones contradictorias de un mismo texto legal.

Pero no sólo la indeterminación del derecho abría espacios de discreción al juez; los argumentos del realismo –y particularmente de la vertiente de los 'escépticos de los hechos'– se refirieron también a la relación del juez con la prueba y a los momentos de elección en la formulación de la premisa fáctica o premisa menor del silogismo judicial. Así, J. Frank destacaba cómo, en los pleitos de pri-

[7] Es interesante notar que, como advierte B. Leiter (1996: 262-3, 268-9), el realismo americano no sólo no pretendió desarrollar una teoría *conceptual* del derecho que diera respuesta a la cuestión de los criterios de identificación de las normas jurídicas, sino que, tratándose de asuntos conceptuales –como sucede en la argumentación acerca de la indeterminación del 'derecho'–, los realistas recurrieron tácitamente a la teoría del positivismo jurídico sobre los criterios de identificación de las normas jurídicas.

mera instancia, los hechos determinados judicialmente corresponden a las *creencias* del juez o del pasado sobre ciertos hechos pasados: una creencia que "es, a lo sumo, una conjetura fundada en una creencia –otra conjetura– sobre el mayor grado de fe que merecen unos testigos respecto de otros" (1951: 26). El núcleo de la argumentación de Frank se encuentra en esta distinción de dos niveles diferentes de inferencias comprendidas en la determinación de los hechos: el nivel de las inferencias "primarias" o "testimoniales" en que el tribunal debe decidir acerca de la credibilidad de los distintos testigos para dar por establecidos, a partir de esa creencia, los hechos afirmados por los testigos a quienes cree (por ejemplo, que Ticio tuvo en sus manos, el día del homicidio de Cayo, el cuchillo con que éste fue asesinado); y luego el nivel de las inferencias "secundarias"o "derivadas" extraídas a partir de las inferencias primarias o de la conjunción de éstas con otras inferencias derivadas (así, por ejemplo, puede llegar a darse por establecido que Ticio es el asesino de Cayo) (1951: 45ss.).

Esa distinción de niveles permite a Frank mostrar que en gran parte de los litigios el establecimiento de los hechos depende en definitiva de la decisión del juez o del jurado respecto de la credibilidad de quienes deponen como testigos. Una decisión que: a) se encuentra expuesta a diversos factores de incertidumbre, que excluyen cualquier seguridad acerca de la coincidencia entre la creencia del tribunal sobre los hechos –es decir, los hechos para efectos de la sentencia– y los acontecimientos reales pasados;[8] y b) se encuentra influida por las peculiares actitudes y reacciones de cada juez o jurado particular (1951: 57, 128), es "exquisitamente 'no regulable'" (1951: 77) y queda entregada a la discrecionalidad virtualmente incontrolada del juez.

Los argumentos teóricos que hemos examinado llevaban a los realistas a concluir que a partir de los materiales de derecho positivo que el juez debía "aplicar" y de las formas aceptadas de argumentar en base a ellos era posible, en muchos casos, construir fundamentaciones jurídicas plausibles para soluciones contrapuestas. Ello significaba la decisión del juez *no podía* haber sido determinada sólo por el derecho positivo y que "en algún momento, de alguna manera, el juez ha sido impulsado a hacer su elección" (Radin, 1930: 881). El paso siguiente que los realistas dieron fue el de preguntarse desde un punto de vista descriptivo por las bases o razones de esa elección, investigando cuáles eran los factores que efectivamente las determinaban, para intentar formular ciertas "leyes acerca del comportamiento judicial" (Moore y Hope, 1929: 704). Sobre la base de esas investigaciones empíricas, agregaron a los argumentos teóricos en contra de la concepción silogística del razonamiento decisorio también *argumentos empírico-descriptivos*.

Aunque el proyecto de un estudio empírico del proceso interno que llevaba a los jueces a la decisión planteaba considerables dificultades metodológicas, que los realistas no siempre enfrentaron con rigor,[9] sus investigaciones, basadas en algunos casos en su propia experiencia como jueces –como ocurría con los *self-reports* del juez Hutcheson (1929)–, otras veces en entrevistas (Frank, 1930: 104) y también en el estudio de casos resueltos judicialmente para establecer vínculos entre clases de soluciones y clases de si-

[8] Estos factores de error son sintetizados por Frank (1951: 27) de la siguiente manera: "1) el testimonio es notoriamente falible: los testigos mienten a veces y aun los testigos honestos yerran con frecuencia, a) al observar los acontecimientos, b) al recordar sus observaciones, c) al comunicar estos recuerdos a la sala del juzgado; 2) los jueces y los jurados son falibles al determinar (conjeturando) cuál (si alguno) de los testigos discrepantes ha relatado fielmente los hechos reales". Para una exposición más extensa cfr. Frank (1949: 17ss.).

[9] Considérense, por ejemplo, los siguientes comentarios de Twining acerca del rigor metodológico de los trabajos de Llewellyn: "En relación a la investigación sociojurídica Llewellyn fue más un 'oficinista' [*staff officer*] que un 'soldado en terreno' [*foot soldier*]", "infringió la mayor parte de las reglas del método empírico" y "escribía típicamente 'desde su cabeza' [*from his head*]" (1973: 193).

tuaciones de hecho, les llevaron a la misma conclusión básica acerca del razonamiento decisorio judicial. De acuerdo a esa tesis básica las decisiones judiciales resultaban determinadas principalmente por la reacción de los jueces ante los hechos del caso, es decir, por la definición del resultado que les parecería correcto o justo frente a ellos.[10] En contraste con la imagen del silogismo judicial, que sugiere que el juez comienza por tomar como premisa una regla jurídica para aplicarla a los hechos, la tesis realista describe el proceso de decisión judicial como un *"backward reasoning"*, como un razonamiento que comienza por lo que de acuerdo a la explicación formalista debería ser su conclusión.[11]

Más allá de esta coincidencia en atribuir la primacía en el proceso decisorio a la evaluación por el juez de la solución que le parece correcta frente a los hechos del caso, los juristas realistas discreparon acerca de cuáles eran los factores que determinaban esa respuesta frente a los hechos y que constituían el dato fundamental para poder precisar las regularidades o leyes del comportamiento judicial que permitieran hacer predicciones sobre su conducta futura. Algunos realistas, como Frank y Hutcheson, consideraron que la respuesta de los jueces ante los hechos asumía la forma inicial de una "corazonada" [*hunch*] (Hutcheson, 1929: 278), "una reacción intuitiva compuesta" o "un *gestalt* no analizable" (Frank, 1951: 91-2), determinada por factores ligados a la sicología o a la personalidad de cada juez individual. La consecuencia que se seguía de esta conclusión, que veía la causa final de la decisión judicial en "los innumerables rasgos, inclinaciones y hábitos peculiares del juez" (Frank, 1930: 110), es decir, en elementos estrictamente subjetivos además de "epistemológicamente opacos" (Leiter, 1996: 271), era la imposibilidad de descubrir regularidades en la práctica efectiva de decisión judicial y, por consiguiente, la inviabilidad del proyecto realista de una ciencia jurídica empírica, que permitiera a sus destinatarios hacer predicciones ciertas acerca de las decisiones judiciales futuras.

Otros realistas, integrantes de la tendencia de los *rule-skeptics*, como Llewellyn (1930b, 1960: 122ss.) , Radin (1925), Oliphant (1928) y Cohen (1935), sostuvieron en cambio que era posible observar la existencia de cierta uniformidad en las relaciones entre clases de decisiones judiciales y clases de hechos a ellas subyacentes, que mostraba una regular evaluación por parte de los jueces de la instrumentalidad de sus decisiones en cada caso respecto de ciertos efectos socioeconómicos. De la existencia de esos patrones regulares en el sentido político-económico (o de *policy)* de diversas series de decisiones judiciales, este grupo de realistas infirió que aquellas debían ser vistas no tanto como expresión de la individualidad del juez, sino más bien como el producto de factores sociológicos comunes a la clase o grupo de los magistrados, unidos por la misma educación y los mismos procesos de selección y sujetos a los mismos condicionamientos ideológicos. Más allá de esta inferencia y de algunas observaciones acerca del impacto configurador del oficio de juez y de la tradición (Llewellyn, 1960: 45ss.), este grupo de autores no desarrolló, o contó con, una teoría sociológica compleja de la profesión judicial y sus aportes se concentraron más bien en el estudio de las regulares consideraciones de *policy* subyacentes a las decisiones judiciales y en la formulación de algunas propuestas o sugerencias para la adecuación a esa práctica efectiva de los conceptos o categorías jurídicas, del principio de *stare decisis* y de la técnica legislativa.[12]

[10] Llewellyn (1931: 124) habla de la "presión de los hechos del caso", Oliphant (1928: 75) del "estímulo de los hechos del caso concreto", Hutcheson (1929: 285) afirma que "el impulso vital, motivante para la decisión es el sentido intuitivo de lo que es correcto o incorrecto para el caso".

[11] Cfr. Tarello (1967: 200) y Anderson (1996: 6ss.).

[12] A estos aspectos propositivos o normativos del realismo se refieren Tarello (1967: 217ss.) y, recientemente, Lifante (1999: 120ss.).

1.2.

Los argumentos teóricos y empíricos presentados llevaban a los autores realistas a concluir que la imagen del silogismo judicial no constituía una adecuada representación del proceso de decisión y que la concepción formalista de la aplicación judicial del derecho resultaba inadecuada como teoría descriptiva del razonamiento decisorio. Con todo, si se miraba el estilo usual de fundamentación de las sentencias, que presentaba a las decisiones judiciales como conclusiones obtenidas lógicamente, sin elecciones valorativas o políticas, a partir de una fuente formal de derecho, la teoría del silogismo parecía tener, en algún sentido, razón.

La posición del realismo frente al estilo deductivo de motivación de las decisiones judiciales fue ciertamente crítica: la teoría formalista de la decisión judicial podía tener razón como descripción del estilo usual de motivación, pero ese tipo de fundamentación no podía ser entendida como una descripción o un relato del proceso interno de decisión, como en cambio parecía sugerir la imagen del silogismo judicial al referirse indistintamente al razonamiento decisorio y a un modelo de fundamentación de las sentencias. En el plano teórico esta crítica significaba afirmar la inadecuación del concepto de fundamentación que la teoría formalista de la decisión judicial suponía. Pero esa crítica tenía además una dimensión prescriptiva, representada por la denuncia del efecto enmascarador de los momentos de elección y de las efectivas razones de la decisión que el modelo formalista de justificación producía, así como por la propuesta de un modelo de fundamentación –y, en general, de diálogo judicial– más explícito y transparente.

Detengámonos primero en la crítica del concepto de la fundamentación de las sentencias como una relato o explicación del proceso interno de decisión del juez, que se desprendía de la indistinta alusión de la imagen del silogismo judicial tanto al razonamiento decisorio como a la fundamentación jurídica. Esta tesis crítica fue expresada con gran claridad por Llewellyn, en un artículo (1931) en el que describía los puntos de partida y líneas de trabajo que le parecían comunes al movimiento realista. Una de esas líneas de trabajo consistía precisamente en que:

> "...[las fundamentaciones] ya no son vistas como un reflejo del proceso de decisión de los casos, sino como la argumentación de un abogado experto construida por los jueces (después de haber llegado a la decisión) pretendiendo hacer parecer la decisión plausible, jurídicamente decente, jurídicamente correcta, para hacerla parecer, de hecho, jurídicamente inevitable (...). Se admitió que la lógica deductiva de las motivaciones [*opinions*] no necesita en absoluto ser una *descripción* del proceso de decisión, o una *explicación* acerca de cómo se llegó a la decisión" (1931: 1238-9, cursivas del autor).

Esta concepción de la motivación de estilo deductivo como una "racionalización *a posteriori*" (Llewellyn, 1931: 1238), es coherente con la caracterización realista del razonamiento judicial –que ya hemos examinado– como un "razonamiento hacia atrás", en el que la definición por parte del juez de la solución deseable frente a los hechos del caso precede y condiciona las elecciones del juez entre las alternativas que los materiales de derecho positivo y los métodos aceptados de interpretación dejaban abiertas. Según esa explicación, una vez evaluado el resultado deseable el juez busca las normas jurídicas, selecciona los métodos de interpretación, construye un cierto relato de los hechos y los califica jurídicamente, para redactar la fundamentación pública de su decisión adecuándose retóricamente a la teoría dominante de la adjudicación, esto es, presentando su decisión como si fuera jurídicamente y lógicamente necesaria.[13] Esta idea de la motivación de estilo deductivo como un revesti-

[13] Se trata de una tesis que ya había sido propuesta por precursores del realismo como Holmes, que habló de la posibilidad de "dar forma lógica a cualquier conclusión" (1897: 466), y Dewey (1925: 22ss.) y también en el contexto del antiformalismo

miento retórico de una decisión determinada por otra clase de consideraciones resulta muy bien ilustrada en este texto de Frank:

> El juez de primera instancia, sin embargo, cuando da a publicidad una explicación de su sentencia pretende seguir la teoría convencional y se torna analítico, lógico. Él "disocia", separa, los hechos que "determina" de la norma jurídica que, según expresa, aplica a esos hechos. De esa manera busca justificar su sentencia como un producto lógico. Pero (como hemos sido informados por eminentes jueces de esta clase) un juez al dar forma a su explicación con frecuencia trabaja hacia atrás; comienza con la decisión que (...) estima prudente o justa. Luego determina los hechos de tal modo que, subsumidos bajo una norma jurídica aceptada, hacen aparecer esa decisión como lógica y jurídicamente fundada (1951: 92).

Además de constatar la divergencia entre las razones declaradas en las fundamentaciones de estilo deductivo y las razones efectivas de decisión, los autores realistas valoraron críticamente ese estilo de justificación, señalando las consecuencias negativas que para la práctica jurídica se derivaban del ocultamientos de las consideraciones efectivamente determinantes de las decisiones judiciales y recomendando una práctica de fundamentación más transparente.

Fue especialmente la vertiente de los 'escépticos ante las reglas' la que afirmó que una fundamentación explícita haría posible una mayor certeza jurídica, en cuanto favorecería la previsibilidad de futuras decisiones y permitiría la discusión razonable y la crítica basada en elementos objetivos. Se trataba, para juristas que asumían básicamente la perspectiva del abogado, de reestablecer la identidad entre aquello que constituye una buena razón para el objetivo de la persuasión y aquello que constituye una buena razón para el objetivo de la justificación, de terminar con el baile de máscaras en que los jueces "declaran hacerse persuadir" por argumentos que proceden silogísticamente a partir de una premisa mayor normativa, cuando la realidad en cambio es que son persuadidos por argumentos relativos a la deseabilidad de las consecuencias de la decisión (cfr. Tarello, 1967: 156).

Llewellyn (1960: 35ss.), por ejemplo, distinguió dos modelos o estilos de fundamentación de las decisiones judiciales, el *Formal Style,* conforme al cual la fundamentación "sigue una forma deductiva con un aire o una expresión de inevitabilidad lineal" (38), y el *Grand Style,* caracterizado, entre otros rasgos ditintivos, por la explicitación en la motivación de las directrices políticas [*policies*] y las otras consideraciones económico-sociales efectivamente influyentes en el proceso de decisión judicial. Su crítica del primero y su defensa del *Grand Style* se apoyó en una argumentación que Twining (1973: 231) sintetiza de la siguiente manera: las fundamentaciones [*opinions*] formuladas según este último estilo "proporcionan una base más confiable para predecir decisiones futuras que las motivaciones formuladas según el *Formal Style,* por dos razones: primero, porque un mayor número de los factores que han influido en la decisión son sacados a la luz; y

europeo por autores como Fuchs, Isay o Kantorowicz. Muy elocuente es el siguiente texto de este último autor (1906: 343): "La voluntad de lograr una resolución de antemano fijada, dirige en realidad la elección de los textos legales en los cuales aquella resolución estriba. Piénsese en el ejemplo clásico de Bártolo, el más famoso de todos los juristas, del que la historia relata que primeramente dictaba la resolución y que luego hacía buscar a su amigo Tigrinio los pasajes aplicables en el Corpus Iuris 'puesto que él tenía poca memoria'. Bien es verdad, que en todas partes se obscurece la relación entre la voluntad y la razón, porque la última tiene el vehemente afán de invertir los hechos con posterioridad, oscurecimiento que en el campo jurídico sube de punto puesto que la voluntad jurídica llega afortunadamente con gran frecuencia al mismo resultado al que la razón interpretadora habría llegado aún sin aquella dirección voluntarista. Pero tan pronto como el jurista teórico o práctico se siente obligado a proponer a base de su texto legal un resultado que, en una cuestión importante, abofetee una poderosa convicción jurídica, se pone en evidencia cuál de ambas constituye a fin de cuentas la verdadera fuerza motriz".

segundo porque el proceso de manejar conscientemente esos factores aumenta la probabilidad de que ellos funcionen en forma regular. En otras palabras, el uso consciente y racional de esos factores resulta menos errático y arbitrario que cuando se pretende ignorarlos".

A pesar de que Frank no tenía, según hemos visto, la misma confianza en la posibilidad de predecir la conducta de los tribunales y veía en la certeza jurídica "una ilusión o un mito" y un infantil "sustituto parcial del Padre-como-Juez-Infalible" (1930: 13,19), es interesante notar que él también defendió la exigencia de una fundamentación explícita de las decisiones judiciales, refiriéndola especialmente a la fundamentación de la *quaestio facti* y recomendando –entre otras reformas a la organización judicial que sugiere (1951: 139)– que se impusiera a los jueces (o a los jurados, aunque otra de sus propuestas fue la de eliminar esta institución, salvo para los casos criminales más graves) el deber de dar publicidad a las creencias en que se hubieran basado al establecer los hechos. Para justificar esta defensa de una fundamentación fáctica explícita Frank aludió sobre todo a su importancia como instrumento para el autocontrol por parte del juez de su propio razonamiento: "creo que hará mucho bien exigir la publicación de los fundamentos, aunque no constituye una panacea, porque el mismo acto de escribir su versión de los hechos tiende a inducir al juez a escudriñar y criticar cuidadosamente sus motivaciones y a confrontar sus creencias con la prueba testimonial" (1951: 97).[14] Además Frank se manifestó en términos generales en favor de una práctica judicial más sincera, en que la discreción fuera conferida francamente por las normas jurídicas y ejercida francamente por los jueces, argumentando que "los métodos subrepticios no son ni saludables ni democráticos" (1951: 107; 1930: 137-8).

2. La recepción de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación

Las réplicas a las tesis del realismo norteamericano no se hicieron esperar. Fue con ocasión de esa discusión que la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación se incorporó al lenguaje de la teoría del derecho. Uno de los primeros autores que se sirvió de ella –aunque utilizando una terminología ligeramente diferente, pues habla de "procesos" y no de "contextos" de descubrimiento y de justificación– fue Richard Wasserstrom en su libro *The judicial decision* (1961). El análisis que ofrece de los planteamientos realistas y sus puntos débiles representa en forma ejemplar la línea argumentativa que veremos luego reiterada en los textos de otros teóricos del derecho.

Tras recapitular los términos de la crítica dirigida por los realistas americanos contra la teoría deductiva de la decisión judicial, Wasserstrom argumenta en que esa crítica atribuye a la teoría deductiva dos tesis que mira como necesariamente conectadas: la tesis según la cual la decisión judicial asume la forma de un silogismo y la tesis según la cual las reglas jurídicas que han de servir como pre-

[14] Que la fundamentación explícita de los hechos, aun siendo ventajosa y deseable, no constituyera para Frank una *panacea* se explica en consideración a dos límites a la posible transparencia de la motivación que tenía presentes: por una parte, la posibilidad de error o simulación del juez acerca de sus creencias –"[el juez] puede (intencionalmente o no) informar en forma equivocada lo que cree, a fin de dejar a un lado los precedentes en favor de lo que estima justo, o muy ocasionalmente en homenaje a otros motivos menos plausibles (introducidos por el soborno o las 'influencias'). Nadie, salvo el juez, sabe si en los 'fundamentos' dados a publicidad informa debidamente o hace un 'manipuleo' con su creencia (es decir, la distorsiona), pues ningún otro puede probar la exactitud de una información sobre un 'estado mental' íntimo" (1951: 60)– y, por otra parte, la dificultad de traducir en palabras las impresiones o intuiciones que para Frank tienen un peso decisivo en el razonamiento del juez, esos "'*gestalts*' individuales, no analizables, de los jueces o jurados particulares cuando reaccionan ante testigos particulares" que son "únicos, 'privados', no comunicables íntegramente a otras personas" (1951: 128).

misa mayor de ese silogismo constituyen datos preexistentes que el juez se limita a descubrir. Sin embargo, sostiene Wasserstrom, las críticas que apuntan contra la segunda de esas tesis no afectan necesariamente la validez de la primera, pues no existe una relación necesaria entre ese procedimiento para la obtención de las premisas y el procedimiento que utiliza los cánones de la lógica formal para evaluar la relación existente entre las premisas y la conclusión. Puede que la teoría deductiva no dé cuenta adecuadamente del procedimiento a través del cual los tribunales seleccionan las premisas de su decisión pero de ello no se sigue su inadecuación en relación al segundo procedimiento: "Los tribunales pueden no haber usado el silogismo para decidir qué premisas seleccionar; pero esto por sí solo no muestra que no hayan utilizado el silogismo como un medio para evaluar la validez de los argumentos que formularon" (1961: 23).[15]

Para explicar mejor su defensa del silogismo frente a la crítica realista, Wasserstrom se detiene a considerar la ambigüedad de la expresión "proceso de decisión judicial", en cuanto puede denotar dos procedimientos diferentes –"ninguno de los cuales ha sido hasta ahora cuidadosamente aislado o descrito" (1961: 25)– que en general pueden distinguirse en relación a cualquier proceso decisorio: el *proceso de descubrimiento,* o la forma en que una decisión o conclusión es alcanzada, y *el proceso de justificación*, o la forma en que una decisión o conclusión puede ser justificada.

> Situando el problema en el contexto más amplio de los procesos de decisión en general, existen dos procedimientos diferentes que pueden ser seguidos antes de tomar o aceptar cualquier decisión. Esto vale tanto para la ciencia y la ética, así como para el derecho. La forma en que estos procedimientos actúan puede ser indicada por referencia a dos tipos de preguntas que pueden hacerse en relación a cualquier decisión. Un tipo de pregunta concierne al modo en que una decisión o una conclusión ha sido alcanzada; la otra indaga si una decisión o una conclusión es justificable (1961: 25).

Esta distinción, continúa Wasserstrom, no habría sido tomado en cuenta usualmente al hablar del razonamiento judicial. Esa inadvertencia afectaría particularmente a la crítica dirigida por el realismo contra la teoría deductiva de la decisión judicial, reduciendo su alcance y su relevancia. Pues si bien los autores realistas habrían formulado interrogantes pertinentes en relación al proceso de descubrimiento, recalcando las insuficiencias de la teoría deductiva y proponiendo descripciones alternativas, no habrían, en cambio, considerado adecuadamente las particularidades del proceso de justificación:

> Asimilando el proceso de descubrimiento al proceso de decisión, afirmaron de modo convincente que la *fundamentación* del juez no es, seguramente, un relato fiel del proceso de decisión. Y ciertamente, si el proceso de decisión fuera coextensivo con el proceso de descubrimiento, es probable que estuvieran en lo correcto. Sin embargo, creo que es quimérico suponer que la mayor parte de las decisiones judiciales pretendan describir el proceso de descubrimiento. Se-

[15] Otra inferencia incorrecta que Wasserstrom atribuye a los realistas es la de haber asumido que del limitado papel de la lógica en el proceso de decisión judicial se seguiría el carácter necesariamente arbitrario de ese proceso –que resultaría entonces basado sólo en los sentimientos, emociones y preferencias personales no analizables del juez –, incurriendo de ese modo en la "falacia irracionalista" (1961: 24-5). Este argumento, que también aparece con frecuencia en las réplicas al realismo (vid. por ejemplo Redondo, 1996: 222), constituye un buen ejemplo de lo que Leiter (1996: 271) denomina la gradual "Frankificación" del realismo, es decir, del haber tomado las opiniones de parte de los realistas –de la rama liderada por Frank y Hutcheson– como la posición de todos los realistas, sin considerar los esfuerzos realizados por algunos de ellos para mostrar el recurso regular por parte de los jueces a consideraciones de *policy* o relativas a los efectos económico-sociales de sus decisiones y, por lo tanto, la relevancia en el proceso decisorio judicial de la racionalidad instrumental.

> guramente el tipo de razonamiento que aparece en una motivación judicial usual es indicativo, más bien, de un típico proceso de justificación. (...) (S)i la motivación es construida como un relato del procedimiento justificatorio utilizado por el juez, entonces el recurso usual a las reglas jurídicas y las reglas de la lógica parece más plausible. (...) Es concebible que al menos algunos jueces hayan sentido que antes de presentar una decisión sobre un caso debían ser capaces de justificarla. (...) Ellos pueden haber tenido una corazonada sobre la corrección de una cierta decisión, pueden haber sentido rencor hacia un demandado o un demandante, pero también pueden haber sentido que consideraciones de ese tipo no valen como justificaciones para presentar una decisión judicial obligatoria (...). Y puede ser que algunos jueces hayan pensado que debían ser capaces de establecer una relación formalmente válida entre las decisión y ciertas premisas más generales, así como de dar buenas razones para las premisas seleccionadas. Si esto es así, entonces los ataques contra la teoría deductiva no son incorrectos; simplemente son irrelevantes (1961: 28-9, cursiva del autor).

De este modo Wasserstrom pretende, a través de la distinción de dos momentos en la actividad decisoria del juez, limitar el alcance de las críticas realistas a la teoría deductiva y de su tesis del reducido papel jugado por las reglas jurídicas en el proceso de decisión judicial al primer momento de esa actividad: el proceso de descubrimiento. Los realistas habrían omitido considerar la influencia ejercida por las reglas jurídicas y las reglas de la lógica en un segundo momento de la actividad decisoria: el proceso de justificación, que tiene lugar cuando el juez se pregunta si la decisión que ha alcanzado resulta justificable y construye los argumentos que presentará en la motivación de la sentencia.

Una línea argumentativa análoga a la que acabamos de reseñar puede encontrarse en numerosas investigaciones contemporáneas que se refieren críticamente a los planteamientos del realismo y que defienden una concepción (en alguna medida) silogística de la justificación de las decisiones judiciales. Los ejemplos de alusiones al tópico de la confusión entre ambos contextos en que habría incurrido el realismo norteamericano son numerosos,[16] como deja entrever la siguiente síntesis del *status quaestionis*, propuesta recientemente en el libro de I. Lifante sobre teorías contemporáneas de la interpretación jurídica (1999: 109):

> A estos autores [realistas americanos] se les critica recurrentemente por confundir, en el ámbito de la función judicial, el contexto de descubrimiento y el de justificación. (...) Podría entonces decirse que, de admitirse la crítica realista, lo único que la misma podría poner de manifiesto sería el hecho de que las reglas influyen poco en el "contexto de descubrimiento", pero ello no afecta en absoluto al ámbito del "contexto de justificación". Es posible que, como señalan los realistas, el juez llegue a una determinada solución por motivos distintos a la propia regla; pero aún así, cuando motiva (justifica) su decisión tiene que hacerlo, precisamente, acudiendo a esas reglas jurídicas. Y éste sería, precisamente, el ámbito relevante desde la perspectiva del propio Derecho".

Como se indica en el texto recién citado –y como han puesto de relieve también Anderson (1995: 331) y Mazzarese (1996: 106)–, el recurso a la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación parece perseguir usualmente un doble propósito. Permitir, por un lado, no desconocer del todo el fundamento y la razón de ser de las principales críticas dirigidas a la concepción lógico-deductiva de la decisión judicial, y, por otro, circunscribir el alcance y la fuerza de tales críticas al contexto de descubrimiento de

[16] Cfr., entre otros, Carrió (1986: 65), Atienza (1993: 125) y Redondo (1996: 223).

una decisión, contexto al que, implícitamente, cuando no explícitamente, es atribuido un rol secundario y marginal para una teoría de la decisión judicial y de la argumentación jurídica.[17]

Es interesante notar que, si comparamos los desarrollos más recientes de la distinción entre los dos contextos con el que había propuesto Wasserstrom, se aprecia un desplazamiento en la forma de entender y definir los términos de la distinción. Estos no parecen designar ya dos momentos que integrarían conjuntamente el proceso de decisión, la *actividad* decisoria del juez, como ocurría en el análisis de Wasserstrom; en cambio parecen concernir uno a la *actividad* del juez en su totalidad y el otro al *producto lingüístico* de esa actividad. Así, el "contexto de descubrimiento" tiende a ser identificado con la totalidad del proceso decisorio del juez –y de ello sería indicio también, como destaca Mazzarese (1996: 140), el uso habitual de la expresión "contexto de decisión" o "contexto decisorio" para aludir al contexto de descubrimiento en el ámbito judicial–, mientras el "contexto de justificación" parece referir a la sentencia judicial (en cuanto comprenda una parte dispositiva y una fundamentación o parte considerativa). Este desplazamiento se observa claramente, por ejemplo, en este texto de J. Horovitz, quien, pocos años después de Wasserstrom, se refiere en una investigación sobre derecho y lógica a la distinción entre los dos contextos:

> La lógica no concierne a los actos o a los procesos argumentativos y a sus aspectos psicológicos o históricos, sino a sus productos lingüísticos, sujetos, en cuanto tales, a reglas sintácticas y semánticas. Es decir, concierne no al contexto de descubrimiento de las conclusiones o de las premisas, sino al contexto de la justificación de las conclusiones a partir de las premisas (1972: 6).

Aunque no recurre a los conceptos de contexto de descubrimiento y de justificación, también Bulygin propone una distinción muy semejante entre plano psicológico y plano lógico de la decisión judicial:

> Una cosa es la relación lógica entre las normas (mencionadas en los considerandos) y la parte dispositiva de la sentencia, y otra muy distinta es la motivación psicológica (causal) del juez. No hay necesariamente una relación causal entre las normas y el fallo (aunque puede haberla de hecho), pero es indudable la existencia de una relación lógica. La teoría del silogismo tuvo razón en afirmar que la sentencia es una conclusión lógica de un razonamiento deductivo en el cual las normas figuran como premisas... (1963: 350).

> Decimos que una decisión es justificada, precisamente cuando esa decisión puede ser lógicamente inferida de alguna norma o conjunto de normas. En casi todos los ordenamientos jurídicos positivos los jueces están obligados a *fundar* sus fallos, es decir, justificarlos expresamente... (1963: 350, cursiva del autor).

Esta última cita es muy interesante porque muestra como paralelamente al desplazamiento que hemos notado en la definición de los términos de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, se verifica también un desplazamiento en la concepción de la fundamentación de las sentencias. Wasserstrom había podido sostener, contra la tesis realista que negaba que una motivación judicial de estilo deductivo pudiera verse como un relato del proceso decisorio, que si bien la fundamentación no podía ciertamente ser vista como un relato del proceso de descubrimiento, ella en cambio sí podía constituir "un relato del procedimiento justificatorio utilizado por el juez" (1961: 28). Ese lazo que Wasserstrom todavía parecía intentar mantener entre el proceso interno de decisión (o, es lo mismo, los factores causal-

[17] Una caracterización explícita del contexto de justificación como el (único) ámbito relevante para una teoría de la argumentación jurídica puede verse, entre otros, en MacCormick (1978: 15) y Alexy (1978: 221).

mente influyentes en el juez) y la fundamentación, se rompe cuando el concepto de contexto de justificación se desliga completamente de la actividad decisoria: la fundamentación pasa a ser vista como un conjunto de enunciados que actúan como razones justificativas de la decisión en la medida que de las premisas normativas que el juez allí ha indicado pueda inferirse válidamente la conclusión contenida en su parte dispositiva.[18] Si las reglas indicadas en esas premisas han actuado o no como motivos causales de la decisión del juez, si han intervenido o no otras valoraciones u otras consideraciones en el proceso decisorio, es algo que pasa a ser del todo irrelevante.

Como argumentaré enseguida, me parece que el realismo norteamericano no sólo no incurrió en la confusión que usualmente se le imputa, sino que además puede reconocérsele el mérito de haberse preguntado también por la relación entre ambos contextos, una cuestión olvidada en la teoría dominante de la argumentación jurídica.

3. Crítica del tópico de la confusión del realismo

El lugar común de la confusión entre los dos contextos en que habría incurrido el realismo norteamericano admite dos formulaciones –y, por consiguiente, dos respuestas críticas– diversas. Una primera formulación, presente, por ejemplo, en Wasserstrom y en Redondo,[19] apunta a la errónea lectura que el realismo habría hecho de la teoría silogística de la decisión judicial, al considerarla (también) como una teoría descriptiva de la actividad decisoria judicial, puesto que esa teoría *en verdad* se habría referido solamente al contexto de justificación. Esta formulación del tópico de la confusión confunde a su vez, me parece, la imagen del silogismo judicial presente en la doctrina y la cultura jurídica decimonónica, contra la que dirigió sus críticas el realismo, con la limitada rehabilitación del silogismo judicial propuesta con posterioridad a esas críticas. Mientras la segunda se integra ciertamente en una teoría o doctrina de la justificación, la primera en cambio, como hemos visto, aludía en su ambigüedad tanto al proceso decisorio como a un modelo de fundamentación.

No todos los autores que imputan al realismo el defecto de la confusión han sostenido que ella se manifestaría en una inadecuada comprensión de la teoría silogística de la decisión judicial. Una segunda formulación de esa crítica –que puede encontrarse, por ejemplo, en Bulygin (1963: 349-50)– considera en cambio que el error del realismo habría consistido en continuar con la misma confusión en que ya incurría la vieja teoría deductiva: así como ésta afirmaba la validez del esquema silogístico en relación a ambos contextos

[18] El recurso a la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación se encuentra en general unido a una concepción de la justificación jurídica que ve en la inferencia deductiva de la conclusión a partir de una o más premisas normativas una condición necesaria de la justificación jurídica de una decisión judicial, pero no está necesariamente ligada a una concepción que la considere siempre condición suficiente. En la teoría dominante de la argumentación jurídica (aquella que Atienza [1991] ha denominado "teoría estándar" y que comprende fundamentalmente los aportes de Alexy, Aarnio y MacCormick), esa condición corresponde, como se sabe, al nivel de la justificación interna. El segundo nivel que una decisión judicial debe satisfacer es el de la justificación externa o justificación de las premisas de la inferencia deductiva.

[19] "He intentado mostrar las consecuencias de la falta de claridad [del significado de la expresión 'proceso de decisión'] sugiriendo que *los proponentes y los oponentes de la teoría deductiva posiblemente no han estado hablando del mismo procedimiento*" (Wasserstrom, 1961: 31, las cursivas han sido agregadas). "Los realistas confunden el argumento práctico concebido como esquema de una inferencia válida, y el argumento práctico entendido como esquema teórico-reconstructivo de la acción. En todo caso *no advierten que cuando el positivismo se refiere a la aplicación de un argumento práctico deductivo, no pretende reconstruir el proceso psicológico del juez*, sino la relación que debe guardar el contenido de su decisión final respecto de las premisas utilizadas" (Redondo, 1996: 224, las cursivas han sido agregadas).

sin distinguirlos adecuadamente, el realismo, al negar su validez respecto de ambos contextos, tampoco habría tomado en cuenta sus diferencias. Me parece que también bajo esta formulación la crítica al realismo por la supuesta omisión de una adecuada distinción entre ambos contextos resulta inmerecida, por dos razones.

En primer lugar, creo que al concebir la fundamentación públicamente ofrecida de las decisiones judiciales como una "racionalización" *ex post*, desligada por completo de los factores causalmente influyentes en el proceso decisorio, el realismo norteamericano introdujo una nítida distinción entre dos momentos de la tarea judicial que resulta muy similar a la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. De modo que más que desconocerla, me parece que el realismo anticipa la diferenciación de los dos contextos, proponiéndola incluso en términos más drásticos o radicales que los utilizados por Wasserstrom (y más similares tal vez al sentido en que luego tenderá a ser aplicada la distinción).[20]

Por otra parte, la formulación en cuestión de la crítica al realismo, que precede usualmente a la defensa de una determinada concepción de la justificación jurídica –es decir, una determinada definición de aquello que constituye una *justificación suficiente*, centrada en la posibilidad de establecer una relación de inferencia entre la conclusión normativa (la parte dispositiva de la sentencia) y las premisas (las normas jurídicas indicadas en la fundamentación)–, parece identificar la comprensión de la singularidad del contexto de justificación con la adhesión a su propia concepción de la justificación jurídica, leyendo entonces como ignorancia de la distinción entre los dos contextos las críticas de los realistas a las justificaciones de estilo deductivo. Aunque pueda ser pertinente la crítica al realismo por no haber desarrollado una concepción normativa alternativa de justificación jurídica[21] –pues, según hemos visto, los realistas pretendieron permanecer lo más cerca posible de un proyecto de investigación descriptivo, limitándose a recomendar a los jueces hacer explícitamente lo que siempre habían hecho y a criticar las fundamentaciones de estilo deductivo sobre todo por su carácter ficticio u ocultador de las verdaderas razones de la decisión–, creo que se gana en claridad si ese aspecto se diferencia de la cuestión de la distinción entre los dos aspectos o momentos de la decisión judicial, que los realistas sí desarrollaron.

Si bien los realistas no se ocuparon de definir cómo debía ser una buena o suficiente justificación,[22] creo que sí dejaron planteada una pregunta relevante para quien emprenda

[20] Concuerdo en este punto con T. Mazzarese, quien destaca que "a la distinción [entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación] se ha recurrido sea para defender la concepción lógico-deductiva de las críticas siempre más frecuentes, sea, al contrario, para exhibir un argumento decisivo como fundamento de tales críticas" (1996: 136). También Scarpelli parece referirse a este punto –aunque sin aludir explícitamente al realismo– cuando advierte acerca de los diversos sentidos en que puede ser entendida la distinción entre contexto de descubrimiento (él habla de "contexto de decisión") y contexto de justificación: esa distinción, dice, "resulta iluminadora cuando lleva a asumir que los jueces no toman sus decisiones como máquinas calculadoras (...). La distinción resultaría en cambio desorientadora si fuera usada para confirmar el prejuicio (...) según el cual una decisión judicial debe imputarse a motivos del todo personales del juez o a condicionamientos institucionales y sociales, considerando que las convenciones, los principios y los criterios regulativos de las operaciones y de las decisiones de los jueces, así como las motivaciones que en base a ellos justifican las decisiones, son una estructura carente de toda función, una mistificación, una máscara a ser arrancada" (1970: 281-2).

[21] E incluso aunque pueda sostenerse que *cualquier* modelo normativo de justificación debe asumir la forma de una inferencia lógica (con independencia de la clase de premisas de que se trate) .

[22] Sin embargo, es posible suponer que al menos algunos realistas (entre los *rule-skeptics)* miraron a los factores que resultaban según ellos generalmente determinantes de la decisión –consideraciones ligadas a la instrumentalidad de la decisión en esa clase de situación de hecho para ciertos fines político-sociales– también como adecuadas razones justificatorias. Esta concepción apenas esbozada de la justificación judicial parece estar latente en sus críticas a las fundamentaciones de es-

esa tarea, así como la de reflexionar en torno a la función y sentido de la exigencia jurídica de fundamentación de las sentencias: ¿Cómo se relacionan (y cómo deben relacionarse) en la decisión judicial contexto de descubrimiento y contexto de justificación? ¿Es deseable que exista coincidencia entre los motivos causales de la decisión y las razones justificatorias expuestas al público a través de la fundamentación de la sentencia?

Es perfectamente posible que se dé a esta pregunta una respuesta negativa –eso fue precisamente lo que, según cuenta Twining (1973: 228), le contestó un juez británico a Llewellyn cuando éste afirmaba la conveniencia de que se explicitaran en las sentencias las consideraciones de *policy* que hubieran influido efectivamente en la decisión: según el juez eso resultaba "un ingenuo y perniciosos sin sentido", primero porque "es importante mantener al menos una fachada de separación de poderes" y, segundo, porque "la principal fuente de la fortaleza de la actuación de los tribunales superiores en Inglaterra descansa en la intimidad y la confianza que subyace a las relaciones entre abogados y magistrados, de manera que la comunicación se desarrolla en gran parte a través de suposiciones tácitas y sutiles matices que son precisamente lo opuesto del enfoque trabajoso y carente de encanto que Llewellyn parecía defender".[23] Que pueda responderse negativamente no le resta, con todo, interés teórico a esa pregunta abierta por el realismo norteamericano.[24]

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R. (1978): *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. cast. de M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid, 1997.

ANDERSON, B. (1995): "The case for re-investigating the 'process of discovery'", *Ratio Juris*, 8, Nº 3, pp. 330-348.

——. (1996): "*Discovery" in legal decision-making*, Kluwer, Dordrecht-Boston-Londres.

ATIENZA, M. (1993): *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 2000.

BOBBIO, N. (1961): *El positivismo jurídico*, trad. cast. R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1998.

tilo deductivo y permite entender afirmaciones como esta de Cohen según la cual "el lenguaje tradicional de argumentación y fundamentación *no explica ni justifica* las decisiones judiciales" (1935: 812, las cursivas han sido agregadas) o éstas de Llewellyn (1930: 1252-3) cuando dice que "solamente consideraciones de políticas [*questions of policy*] y el enfrentar consideraciones de políticas puede justificar 'interpretaciones' (creaciones, desarrollo, diseño de conclusiones a partir) del cuerpo relevante de precedentes en un sentido o en otro" y que la opción entre premisas igualmente dotadas de autoridad que compiten por ser aplicadas a un caso "sólo puede ser justificada como una cuestión de políticas".

[23] Una respuesta semejante, es la que parece proponer Alf Ross, quien tras constatar que "la pretensión de que la administración de justicia es una simple deducción lógica a partir de reglas jurídicas, sin ninguna valoración por parte del juez, parece ser un fenómeno universal", se limita a señalar que no parece haber ninguna razón para preocuparse por la presencia de este "ficcionalismo en la administración de justicia, sea que el propio juez crea o no que la fachada de argumentación expresa lo que realmente motivó su decisión" y que, incluso, "sin una investigación a fondo de sicología social, no nos animamos siquiera a negar que es probable que esa ficción tenga incluso efectos socialmente beneficiosos" (1953: 191).

[24] Se trata, por lo demás, de una cuestión relevante en el marco de al menos una importante corriente teórica contemporánea, la de los C*ritical Legal Studies*, según puede observarse en el siguiente fragmento, donde uno de sus integrantes, Duncan Kennedy, resume algunas de las tesis que defiende en su libro *A critique of adjudication* {*fin de siècle*} (1997: 19): "Sostengo que la ideología influye en la decisión judicial, tanto estructurando el discurso jurídico como a través de la elección estratégica en la interpretación. Sostengo que la negación de la presencia de ideología en la decisión judicial lleva a resultados políticos diferentes de aquellos que tendrían lugar en una situación de transparencia. Y sugiero que sería en algún sentido 'mejor' determinar nuestros destinos sin alienar nuestros poderes".

BULYGIN, E. (1963): "El concepto de vigencia en Alf Ross", ahora en ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Análisis lógico y derecho*, CEC, Madrid, 1991.

CARRIÓ, G. (1986): *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

CHIASSONI, P. (1995): "L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti d'America: formalismo o realismo?", en M. BESSONE y R. GUASTINI (eds.), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Cedam, Padua.

———. (1999): *La giurisprudenza civile. Metodi d'analisi e tecniche interpretative*, Giuffrè, Milán.

COHEN, F. (1935): "Trascendental nonsense and the functional approach"; *Columbia Law Review*, 35, pp. 809-849.

DEWEY, J. (1925): "Logical method and law", *The Cornell Law Quarterly*, 10, pp. 17-27.

FRANK, J. (1930): *Law and the modern mind*, Peter Smith, Gloucester-Mass., 1970.

——. (1949): *Courts on trial. Myth and reality in American justice*, Princeton U. Press, Princeton, 1950.

——. (1951): "Short of sickness and death: a study of moral responsability in Legal Criticism", *New York University Law Review*, 26, 4, pp. 545-633, trad. cast. de C.M. Bidegain, *Derecho e incertidumbre*, Fontanamara, México DF, 1993.

———. (1963): "Prefacio" a *Law and the modern mind*, Peter Smith, Gloucester-Mass., 1970.

GASCÓN, M. (1999): *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.

HOLMES, O.W. (1897): "The path of the law", *Harvard Law Review*, vol. X, Nº 7, pp. 457-478.

HOROVITZ, J. (1972), *Law and logic*, Springer Verlag, Viena.

HUTCHESON, Jr. J. (1929): "The judgement intuitive: the function of the 'hunch' in judicial decision", *Cornell Law Quarterly*, 14, 274-288.

KANTOROWICZ, H. (1906), *La lucha por la ciencia del derecho* (publicada originalmente bajo el seudónimo de GNAEUS FLAVIUS), trad. cast. W. Goldschmidt, en SAVIGNY *et al*., *La ciencia del derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949.

KENNEDY, D. (1997): *A critique of adjudication {fin de siècle}*, Harvard U. Press, Cambridge (Ma).

LEITER, B. (1996): "Legal realism", en PATTERSON D. (ed.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, Blackwell, Oxford, 1999.

LIFANTE, I. (1999): *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, CEPC, Madrid.

LLEWELLYN, K. (1930a): *The Bramble bush*, Oceana Publications, Nueva York-Londres-Roma, 1991.

——. (1930b): "Una teoría del derecho realista: el siguiente paso", trad. P. Casanovas, en CASANOVAS, P. y MORESO, J.J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Madrid, 1994, pp. 244-293.

——. (1931): "Some realism about realism-Responding to dean Pound", *Harvard Law Review*, vol. XLIV, pp. 1222-1256.

———. (1950): "Remarks on the theory of appellate decision and the rules and canons about how statutes are to be construed", *Vanderbilt Law Review*, 3, pp. 395-406 (incluido además como apéndice en LLEWELLYN, 1960)

——. (1960): *The Common Law tradition. Deciding appeals*, Little, Brown and Co., Boston-Toronto.

MACCORMICK, N. (1978): *Legal reasoning and legal theory*, Oxford U. Press, Oxford, 1997.

MAZZARESE, T. (1996): *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Giappichelli, Torino.

MOORE, U. y HOPE, T. (1929): "An institutional approach to the law of commercial banking", *Yale Law Journal*, 38, pp. 703-719.

OLIPHANT, H. (1928): "A return to stare decisis", *American Bar Association Journal*, 14, pp. 71-76.

POPPER, K. (1934): *The logic of scientific discovery*, Hutchinson, Londres, 1959.

RADIN, M. (1925): "The theory of judicial decision: or how judges think", *American Bar Association Journal*, 11, pp. 357-362.

RADIN, M. (1930): "Statutory interpretation", *Harvard Law Review*, XLIII, pp. 863-885.

REICHENBACH, H. (1938): *Experience and prediction*, University of Chicago Press, Chicago, 1938.

REDONDO, C (1996): *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, CEC, Madrid.

ROSS, A. (1953): *El derecho y la justicia*, trad. cast. G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1997.

SCARPELLI, U. (1970): "Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisis", ahora en Id., *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bolonia, 1982, pp. 251-285.

TARELLO, G. (1962): *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milán.

TWINING, W. (1973): *Karl Llewellyn and the realist movement*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1985.

WASSERSTROM, R.A. (1961): *The judicial decision. Toward a theory of legal justification*, Stanford U. Press, Stanford.

WHITE, M.G. (1949): *Social thought in America: the revolt against formalism*, N. York, 1952.