

*Justificación y motivación de las resoluciones judiciales. Hacia la elaboración de criterios de fundamentación.**

Santiago Roldán

*A Dolores, mi enamorada,
y a Facundo, nuestro hijo.*

Sumario: *I.- Introducción. II. Ambigüedades y aclaraciones: “justificación” y “motivación”. III.- Lo contingente del requisito de la “motivación”. IV.- Puntos de partida para la elaboración de criterios de motivación. V.- Directivas generales de motivación. VI. El contenido ineludible de la motivación. VII.- Los peligros que esconde la tensión que existe detrás de una “motivación”. VIII. Últimas preguntas y final. IX.- Excursus: ¿Exigencia constitucional de motivar resoluciones judiciales penales?*

I.- Introducción.

Motivos por los cuales las resoluciones judiciales debieran ser justificadas sobran. Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “...*la obligación que tienen los jueces de fundar sus decisiones no es solamente ‘porque los ciudadanos puedan sentirse mejor juzgados, ni porque contribuya así al mantenimiento del prestigio de la magistratura...[sino que] persigue también...la exclusión de decisiones irregulares, es decir, tiende a documentar que el fallo de la causa es derivación razonada del derecho vigente y no producto de la individual voluntad del juez’ (Fallos: 236:27; 240:160, entre otros)*”. Las buenas razones para hacerlo, entonces, son varias.

Por un lado la motivación de las resoluciones se vincula con la publicidad de los actos de gobierno. Los ciudadanos de este modo pueden conocer la razón por la cual, lo compartan o no, un juez falló de determinada manera. Si son parte del proceso donde se dictó la resolución, podrán controlar si no se violó su derecho de defensa al fallarse más allá de lo peticionado o si fueron valorados elementos probatorios obtenidos inválidamente, si se contestaron sus argumentos o si se

* Publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 9, septiembre 2010, Sección doctrina, (directores Pedro J. Bertolino/Patricia Ziffer), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pags. 1501/1522.

resolvió sin respetar una congruencia entre la acusación y sentencia, por ejemplo. Además, si la vía recursiva está habilitada, les permitirá contestar los fundamentos del juez e intentar convencer de la razón de su postura a los otros jueces que deban emitir opinión sobre el asunto. Por lo tanto, también el derecho de defensa y el derecho al recurso estarán involucrados. A su vez, el juez mismo puede demostrar a los demás el motivo por el cual resuelve de tal modo un conflicto y no de otro. Desde este punto de vista, la motivación de una resolución servirá eventualmente, tanto para el juez como para los ciudadanos, a los fines de juzgar -en el plano que sea- sus comportamientos. En última instancia, por lo tanto, la motivación de las resoluciones fomenta el debate democrático. Además, el que se tenga que motivar contribuye a lograr una concreta igualdad de trato entre todos los ciudadanos, pues al poder conocer el caso resuelto y sus fundamentos, permite utilizar el fallo como un precedente por parte de los jueces o exigir su aplicación por parte de los litigantes. Del mismo modo, entonces, contribuye en alguna medida a lograr previsibilidad.

Pero, en sí mismo, exigir que los jueces fundamenten sus decisiones tiene un valor agregado ya que constituye uno de los medios con los que se cuenta para intentar evitar que los funcionarios judiciales actúen arbitrariamente. Este objetivo, que es tan o más poderoso que los otros, se lograría, en mi opinión, de dos maneras. El tener que dar a conocer a terceros la fundamentación de una resolución, ya sea que se lo haga verbalmente o por escrito, exige la elaboración de argumentos y esto no es igual a pronunciar o escribir en un papel una suma de oraciones y párrafos (mucho menos relatar o detallar el contenido de las distintas hojas -o fojas, como las llaman en tribunales- con los que se forman los expedientes). El tener que responder frente a otros por nuestros argumentos nos impulsa a pensar con mayor detenimiento y no resultará nada extraño que, en tal empresa, encontremos errores o inconvenientes en los primeros razonamientos que hacemos (por ej., falacias formales e informales). Cuando eso sucede abandonamos los caminos argumentales que pensábamos tomar y hasta tal vez nos veamos forzados a cambiar de decisión. Si trasladamos esta situación al caso de un juez y a la obligación que pesa sobre ellos de resolver los asuntos traídos a su conocimiento, la resolución que dictará será otra que la que en un principio, según creía, debía emitir.

Sin embargo, la necesidad de dar cuenta de sus decisiones no sólo produce efectos como el señalado, a modo de “control de calidad”, sino que la motivación de una resolución constituye fácticamente un obstáculo contra las decisiones arbitrarias que un funcionario quisiera dictar, por el motivo que fuera, en contra de lo establecido por el derecho (quedan incluidas aquí resoluciones que constituyen o son producto de un acto ilícito, puntualmente, de un delito). Desde ese punto de vista, la obligación de dar cuenta de sus decisiones funciona del mismo modo que una reja en una ventana. Ustedes podrán decir que en todo caso se trata de un obstáculo más bien pobre a la hora de intentar evitar que se produzcan actos arbitrarios, ya que, al parecer, los barrotes de esa reja pueden ser ubicados tan separados el uno del otro que mucho es lo que puede pasar entre

ellos. En definitiva ¿cuándo una resolución estará fundada? Los abogados sabemos que “prácticamente cualquier cosa puede fundamentarse con el ingenio necesario”. Incluso la misma Corte Suprema de Justicia ha brindado argumentos para debilitar esos barrotes que en los hechos puede significar la fundamentación de una resolución. En esta línea creo que podemos ubicar su doctrina acerca de que los jueces no están “obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las constancias de la causa, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones” (Fallos 311:571), como tampoco “están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes sino sólo aquellas que estimen conducentes para la correcta solución del litigio” (311:836), “ni a analizar los argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos” (311:1191). Dependiendo de cómo sean interpretadas y, por sobre todo, utilizadas, esas ideas hacen de aquellos barrotes algo bastante más flexible que lo que son en apariencia.

Sea como fuere, en definitiva eso es cierto: fundamentar una resolución es un filtro bastante generoso, no lo niego. Sin embargo pienso que se trata de por lo menos un obstáculo a la arbitrariedad que no debe ser desatendido pues, como veremos, así y todo constituye un escollo no menor. Todas estas constituyen buenas razones para discutir y pensar sobre la manera en la que deben motivarse las resoluciones judiciales. Pues no hay duda de que, como principio, deben motivarse las resoluciones judiciales; el problema pasa por determinar o establecer en qué consiste aquello, en cómo hacerlo, en convenir acerca de cuándo lo consideraremos hecho de manera válida.

II. Ambigüedades y aclaraciones: “justificación” y “motivación”.

Hasta aquí he hablado de “justificación” y “motivación” de las resoluciones sin mayor cuidado. Dado que se tratan de palabras ambiguas, es decir, palabras a las que se les puede asociar distintos significados¹, es hora de introducir ciertas precisiones a fin de evitar caer en una confusión que, creo, suele estar presente en este campo (tanto jurisprudencial como doctrinalmente). Esto provoca un desenfoque de la problemática que distorsiona tanto la discusión como todas las soluciones que se propongan para resolverlo. A lo largo de este punto precisaré ambos conceptos. Como se verá, reservaré la noción de “justificación” para aludir al contenido de una resolución, a la cuestión de “fondo” (por ejemplo, ¿debe dictarse una condena o una absolución?). En cambio, hablaré de

¹ Incluso la “...La expresión ‘decisión judicial’ es ambigua. Por una parte, se refiere al acto de decidir y, por otra, al contenido de la decisión. El contenido de una decisión está jurídicamente justificado si y sólo si se deriva lógicamente de una norma jurídica N y la descripción de ciertos hechos. El acto de decidir está jurídicamente justificado si y sólo si está autorizado en un sistema jurídico Sj...”. NAVARRO/REDONDO/MORESO (1994:82 -con cita a Ricardo CARACCILO, *Justificación normativa y pertenencia*, en *Análisis Filosófico*, VIII, No. 1, 1988, pp. 41ss.-).

“motivación” para referirme a la “forma” que una resolución debe presentar cualquiera sea su contenido.

En función de ello, una primera aclaración que quisiera hacer es advertir que aquí, cuando aluda a la “motivación” de las resoluciones judiciales, no estaré hablando del problema propio de la Teoría General del Derecho relativo a la justificación de las decisiones jurídicas, es decir, acerca de dónde y cómo deberían obtenerse o se obtienen las premisas del razonamiento jurídico (en cuyo marco se pueden encontrar soluciones encontradas entre los positivismos, los realismos y los no positivismos) o de qué tipo de vinculación puede existir entre las premisas y conclusión de un razonamiento tal (sobre si modelos deductivos podrían ser desplazados por vertientes argumentativas, sobre si es concebible una lógica de normas o bien si la lógica -o por lo menos como tradicionalmente la entendemos- nada puede ayudarnos en el derecho, por ejemplo). Cualquiera sea la conclusión que se adopte en esas disputas, la cuestión que aquí quiero tratar (la “motivación” de las resoluciones judiciales) es independiente a aquéllas cuestiones y está contingentemente vinculada al concreto contenido de los ordenamientos jurídicos (o si se quiere, a todos aquellos ordenamientos en los que se exija a los jueces que den a conocer por qué piensan que lo que han decidido es ajustado a derecho). Quiero decir, que bien uno puede encontrarse con un ordenamiento jurídico que no les exija a los jueces “motivar” las decisiones que en función de su cargo están obligados a tomar, por más que aquéllas efectivamente deban ajustarse “a derecho”.

Un caso particular será resuelto “conforme a derecho” en la medida que se le aplique la solución que el ordenamiento jurídico vincule normativamente al caso general en el cual aquél suceso concreto, efectivamente ocurrido, sea subsumible. Para hablar de toda la serie de operaciones que esto presupone (el establecer o determinar la solución jurídica de un caso concreto, como así también, el tener por acreditado que ese determinado hecho ha ocurrido), se ha impuesto entre los juristas la conocida clasificación de WRÓBLEWSKI de la justificación interna y externa de un razonamiento jurídico. En palabras de BAYON:

“Es un lugar común que en todo razonamiento ha de distinguirse entre la justificación de la inferencia (i.e., del paso de las premisas a la conclusión) y la justificación de las premisas mismas, siendo ambas necesarias para poder decir que el razonamiento es, en conjunto, <<sólido>>; y también es ya terminología asentada la que, en materia de justificación de las decisiones judiciales, llama a la primera de esas justificaciones <<interna>> y a la segunda <<externa>>. Por consiguiente, ninguna decisión judicial estará realmente justificada si no lo está <<interna>> y <<externamente>> (con independencia de que la corrección de las premisas del razonamiento justificatorio correspondiente se dé por sentada o sea, por el contrario, dudosa o controvertida)...”².

² Ver BAYÓN (2007:138 y ss -143/144-). Véase, asimismo, la respuesta de BULYGIN (2007:209 y ss.). Esta clasificación no es ajena a la práctica forense -por más que no se lo reconozca-. La distinción entre la “justificación interna” y la “justificación externa” resulta de utilidad cuando se recurre una decisión judicial, dado que son diferentes los problemas que puede presentar *internamente* un razonamiento

Por ejemplo, si Aparicio mató a Braulio (entiéndase un comportamiento típico, antijurídico, culpable y punible), entonces debe ser condenado y aplicársele una sanción (art. 79 del C.P.). A este tipo de razonamiento se refiere la “justificación interna” y podría ser estructurado del siguiente modo: quien comete un homicidio debe ser condenado, Aparicio cometió un homicidio, entonces Aparicio debe ser condenado. Ahora, llegar a las premisas de ese razonamiento (las premisas de la “justificación interna”), exige y presupone la realización de una importante cantidad de operaciones, algunas lógicas si se quiere, otras no. Por ejemplo, el juez tendrá que considerar acreditado que un determinado hecho ha ocurrido (la muerte de Braulio por parte de Aparicio) y eso ya lo involucra con el razonamiento probatorio y todos sus pormenores (inferencias probatorias + reglas de validez de producción de elementos probatorios). Además, entre otras cosas, también deberá poder subsumir ese específico suceso del pasado (el comportamiento de Aparicio) dentro de la categoría “homicidio”, tarea que también involucra más de una arista (piénsese, por ejemplo, en toda la complejidad que encierra la pregunta -vinculada con la tipicidad penal- de si un comportamiento importó la creación de un riesgo reprobado y si fue ese riesgo el realizado)³. Todo este conjunto de operaciones pertenecen a la “justificación externa” de la resolución y serán el respaldo de las premisas de la “justificación interna”.

jurídico de aquellos que puede presentar a un nivel externo. Véase PÉREZ BARBERÁ/BOUVIER (2004): “...El recurso interpuesto por...[inobservación o errónea aplicación de la ley penal] no reprocha un déficit en el razonamiento llevado a cabo al relacionar premisas y conclusión sino que cuestiona la elección de una de las premisas (la jurídica o de derecho penal) por parte del tribunal...” (pag. 536). El tal caso, “...se objeta externamente el razonamiento del juez, atacándose las premisas elegidas (la norma elegida) y no cómo se combinan las premisas entre sí...” (nota 10, pag. 536); “...los casos en que el tribunal ha incurrido en un error en la forma de conjugar y relacionar premisas y conclusión, suelen ser atacados alegándose la violación de los principios de la lógica. En estos casos, el alegato del abogado no ingresa sobre las cuestiones relativas a la verdad o falsedad (aplicabilidad o no aplicabilidad) de las premisas (al menos no debería). Más bien se limita a plantear que la forma en que el tribunal ha relacionado determinados enunciados (premisas y conclusión) es incorrecta en algún sentido, ya sea porque han incurrido en una contradicción o porque las premisas no dan base suficiente para afirmar lo que se afirma. En este sentido, cualquier cuestionamiento a la validez (a la logicidad) del argumento del tribunal es, en definitiva, un ataque al tipo de apoyo que las premisas brindan a la conclusión...” (pag. 537).

³ Lo dicho (como así también cualquier otra afirmación que se efectúe en el texto) no significa suscribir a un “formalismo jurídico” según el cual la tarea del juez se limita a la aplicación “mecánica” al caso de la solución prevista por la ley, pues no se está afirmando que siempre será fácil comprender el significado de las formulaciones normativas (principalmente por las notas de vaguedad, ambigüedad y textura abierta que sufre el lenguaje), que todos los casos quedaran inequívocamente incluidos o excluidos del ámbito de aplicación de la norma (es decir, que no habrán supuestos ubicables en la zona de penumbra), que no se presentarán “casos difíciles” o que los sistemas normativos gozan necesariamente de plenitud (no tienen lagunas) y coherencia (no presentan antinomias) [Posturas tales han sido atribuidas indiscriminadamente al “positivismo jurídico”. Sin embargo, aquélla resulta ser una expresión sumamente imprecisa bajo la cual históricamente se han agrupados diversos aspectos heterogéneos como si se tratara de una única doctrina. Resulta fundamental, en este contexto, la iluminadora clasificación efectuada por BOBBIO (1965) entre lo que llamó positivismo metodológico, positivismo teórico y positivismo ideológico. La postura del “formalismo jurídico”, en el sentido expresado, podría ser atribuida, en todo caso, al positivismo teórico, pero no se encuentra necesariamente involucrada (ni lógica ni causalmente) en los otros dos tipos de positivismo. Un análisis sobre las distintas acepciones del positivismo jurídico vinculado con temas de derecho penal pueden verse en ROLDÁN (2008). También, ORTIZ DE URBINA (2007)]. Lo expuesto en el texto principal no es otra cosa que una simplificación y como tal, una presentación imprecisa del problema que busca destacar ciertos aspectos de aquél.

Sea como fuere, que el caso sea resuelto “conforme a derecho” (con el alcance dado a la expresión), es uno de los sentidos en los que se puede hablar de “justificación” de resoluciones judiciales. Para evitar caer en discusiones que no vienen al caso, sólo diré que una resolución judicial debe constituir siempre una “derivación razonada del derecho y de los hechos de la causa” (por usar la conocida expresión acuñada por nuestra corte -pero tan sólo a esos fines-) y cuando ello suceda (cuando presente una adecuada derivación de las premisas a la conclusión y cuando la elección de sus premisas sea satisfactoria), diré que se trata de una resolución “justificada”.

Con todo, la “motivación” de la cual me interesa hablar en este trabajo es otra cosa, por cierto vinculada a la anterior, pero conceptualmente independiente: me refiero a la obligación que tienen los jueces de dar a conocer los razonamientos en los que se sustentan sus decisiones. Antes dije que la “justificación” de la solución de un caso particular a la luz de un sistema jurídico exige la realización de una importante cantidad de razonamientos, pero la “motivación” a la que aludo se refiere a la exposición de esos razonamientos, al hecho de tener que hacerlos públicos. Entonces, si se exige a los jueces que den cuenta de sus decisiones, la pregunta por la motivación se refiere a cuánto de ese razonamiento tienen que dar a conocer para poder afirmar que sus resoluciones son válidas (con independencia de que las soluciones que hayan dado a los casos sean “una derivación razonada del derecho aplicable y los hechos de la causa”). Dado que a ello también se lo suele llamar la “justificación de una resolución”, prefiero reservar para este otro requisito la utilización del término “motivación”⁴. Tal es aquella independencia que, como veremos más adelante, para que una “motivación” satisfaga los fundamentos por los cuales aquélla debe realizarse (punto I), no resulta necesario ni suficiente que coincida con la “justificación” de la decisión.

Dicho lo anterior, la siguiente aclaración que quisiera hacer es que cuando hablo de “motivar” una resolución judicial no me estoy refiriendo a una exposición o exteriorización de los motivos que tuvo el juez al resolver, en el sentido de dar a conocer cómo fue el proceso mental del individuo que porta el cargo de juez, producto del cual éste obtuvo una decisión. La distinción es por demás relevante, ya que fue en este lugar donde los realismos jurídicos hicieron especial hincapié para fundamentar sus críticas hacia el formalismo jurídico, particularmente aquella crítica según la cual los fundamentos expuestos por el juez al resolver no eran más que una posterior “racionalización” con la que se proveía una fachada

⁴ En sí mismo, la denominación que se quiera dar a una y otra cosa es irrelevante en tanto y en cuanto se capte la diferencia (a la “motivación” también podría llamársela “fundamentación”, como incluso se lo sugiere en el título de este trabajo). Aquí no creo necesario dar una opinión concluyente al respecto. En todo caso, no dirime la discusión la nomenclatura que algún código procesal pueda haber adoptado (por ejemplo, el hecho de que en el art. 438 del C.P.P.N. se hable de la indicación de los “motivos” en que se base un recurso o que según el art. 123 las sentencias y los autos deban ser “motivados”). Como dije, la nomenclatura que se elija no es más que una etiqueta, lo relevante es el contenido de la distinción que se hace en el texto.

para una decisión que había sido tomada con anterioridad y por factores distintos a los enunciados en la resolución (el juez primero decidía y luego buscaba una justificación). De ahí que sea conveniente, en este punto, tener en cuenta la distancia que existe entre las *causas* o *explicaciones* y las *razones* o *justificaciones*⁵.

La motivación que exigen los ordenamientos jurídicos es la correspondiente a la exposición de la *justificación* de lo resuelto y no a una *explicación* (o descripción) del proceso psicológico “real” a través de la cual sea posible conocer de qué manera y por qué causas llegó el juez a fallar de determinada forma⁶. Es decir, la “motivación” se refiere a lo que se ha dado en llamar -trasladando al derecho términos acuñados en la Teoría de la ciencia- el “contexto de justificación” de la decisión, en contraposición a su “contexto de descubrimiento”, pues su validez vendrá determinada por aquel aspecto y no por éste⁷. Como dice BULYGIN en un viejo trabajo (“Sentencia judicial y creación de derecho” -1964-):

⁵ Ver NINO (1993:37): “...la distinción entre razones o justificación y motivos o causación...tiene que ver básicamente con el punto de vista interno y externo frente a cada discurso. Cada discurso tiene reglas o pretende tener criterios que definen qué movidas son razones dentro de ese discurso, qué movidas son razones válidas, y por supuesto esas movidas pueden ser vistas desde fuera del discurso como causadas o determinadas por diversos factores, pero la causación o la determinación o los motivos no son admitidos dentro del discurso como una razón. El hecho de que yo esté diciendo lo que estoy diciendo porque vaya usted a saber qué motivaciones extrañas tengo, que puedan estar relacionadas con mis traumas infantiles, etc., no les interesará a ustedes en esta discusión sobre qué es correcto, etc....”.

⁶ Ver ATIENZA (2007:254/255): “...Es importante...darse cuenta de que justificar una decisión no es lo mismo que explicarla y de que el razonamiento jurídico es básicamente justificatorio. Explicar una decisión significa en efecto mostrar cuáles son las causas que la motivaron o los fines que se pretenden alcanzar al tomar esa decisión. Justificar, sin embargo, implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de la decisión. Hay muchas acciones, muchas decisiones, que podemos explicar aunque no nos parezcan justificadas; por ejemplo, una ley que defiende los intereses de cierto social (eso es lo que explica su existencia), pero que nos parece contraria a los principios y valores constitucionales (y, en ese sentido, carecería de justificación); o una resolución judicial motivada por el deseo del juez de alcanzar notoriedad social, pero que vulnera el ordenamiento jurídico. Lo que exigimos de los órganos que toman decisiones públicas es que justifiquen sus decisiones; el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento práctico, no dirigido a explicar, sino a justificar decisiones...”.

⁷ BULYGIN (1964:1307 y ss.). También BULYGIN (1965:35/40): “...La confusión se crea porque los términos ‘decisión’ y ‘justificación’ son ambiguos, pues pueden referirse a procesos psicológicos (el acto de decidir, el acto de justificar) y también a los resultados de estas operaciones psicológicas, que son objetos lógicos...” (pags. 38/39, nota 33). Ver, asimismo, WRÓBLEWSKI, (1985:59/61): “...La justificación de la decisión legal versa sobre los argumentos que sustentan esta decisión y, por tanto, es un asunto de razonamientos justificativos y de su control. Otro problema completamente diferente es el del proceso de toma de decisión. Este proceso es una secuencia de fenómenos psicológicos que acontecen en una decisión legal. Este proceso se describe por medio de la psicología si nos interesan los procesos de una toma de decisión individual, o de la psicología social y las ciencias humanas si nos interesamos por una toma de decisión colectiva y por sus factores determinantes. En cualquier caso, la descripción en cuestión versa sobre el material empírico del proceso de toma de decisión, identifica los factores que lo determinan, busca regularidades y, por último, aunque no menos importante, puede predecir tendencias de decisión y/o decisiones individuales. Habida cuenta de ello, es claro que no se debe confundir la justificación de la decisión legal con una descripción del proceso en el que se tomó esta decisión. No se excluye que la justificación de una decisión se corresponda con el proceso de su formación. Pero esto no ocurre siempre ni necesariamente así...”. Se distingue aquí, por lo tanto, entre explicación (¿cómo sucedió esto? ¿por qué?) y justificación (¿estaba justificado, fue correcto, estaba permitido, etc., lo que sucedió?).

“...Justificar o fundar una decisión consiste en construir una inferencia o razonamiento lógicamente válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión. El fundamento de una decisión es una *norma general* de la que aquélla es un caso de aplicación. Entre el fundamento (norma general) y la decisión hay una relación lógica, no causal. Una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de una norma general (en conjunción con otras proposiciones fácticas y, a veces, también analíticas). Desde luego, no se trata aquí de afirmar que el juez encuentra la solución del caso mediante un proceso deductivo a partir de las normas generales. De qué manera el juez arriba a su decisión es un problema psicológico que no interesa en este contexto: sólo nos interesa el problema lógico de la fundamentación...” (pag. 1307) “No interesa, por tanto, la cuestión de la prioridad temporal; es posible que en muchos casos el juez primero toma la decisión y luego busca justificarla. El orden temporal no afecta la prioridad lógica del fundamento con respecto a la resolución...” (pag. 1307, nota 1)⁸.

Por último, la tercera aclaración que resta por hacer es que el hecho de que los jueces concretamente se encuentren obligados o no a “motivar” sus resoluciones o algunas de ellas, no predetermina la cuestión acerca de si, en tal caso, sus decisiones son o no discrecionales. El que no se le exija al juez dar a conocer la “justificación” de su decisión (es decir, “motivarla”) no implica necesariamente que el sistema jurídico no tenga preestablecido estrictamente la solución que le otorga al caso o que siquiera les brinde las pautas a tener en cuenta para resolver. Ejemplos, por demás gráficos, donde se puede ver la independencia que existe entre discrecionalidad de la autoridad y la obligación de “motivar” su decisión, pueden ser encontrados con facilidad en el ámbito deportivo. En el fútbol, por caso, el arbitro no tiene que “motivar” ninguna de sus decisiones sin perjuicio de lo cual aquéllas se encuentran claramente pautadas por el reglamento (por ej., qué cuenta como un gol o cuándo debe cobrar un penal). Del mismo modo, podrían darse supuestos en los que el juez sí tenga discreción -no importa aquí de qué grado sea - y que, no obstante ello, la resolución deba ser “motivada”. No habría ningún contrasentido en que se le diga al juez: *“brinde la mejor solución que a su entender ameriten todos los factores relevantes en juego. La justificación de su decisión deberá ser puesta en conocimiento de las partes”*.

⁸ Eso no quiere decir que el derecho se desentienda del “contexto de descubrimiento” y de las causales explicativas de las decisiones judiciales. Como afirma AGUILO REGLA (2003:52 y 54), el derecho trata de controlar los motivos por los cuales los jueces actúan. Así, mediante la independencia judicial se “...trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del sistema social...”, y con la garantía de imparcialidad, “...de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del proceso...” (pag. 52). Véase también ACCATINO SCAGLIOTTI (2005): “...las herramientas institucionales que en nuestro sistemas jurídicos tutela la independencia y la imparcialidad de los jueces -las limitaciones al derecho de asociación y el régimen de incompatibilidades, en un caso, y la abstención y la recusación, en el otro- constituyen garantías de la sinceridad de la argumentación judicial, porque persiguen evitar que el juez se vea expuesto a influencias de factores no publicables en la motivación...” (pag. 279). En el mismo plano pretenden repercutir algunos de los delitos previstos en el Código Penal en el capítulo relativo a la administración pública (por ej. el delito de prevaricato) y, sin ir más lejos, las ideas de la “motivación” como “control de calidad” y “como una reja”, expuestas en el punto I del texto (sobre esto último ver también el punto VII).

III.- Lo contingente del requisito de la “motivación”.

Digo que el de la “justificación” de las resoluciones judiciales y el de su “motivación” son problemas conceptualmente separados dado que siempre las resoluciones judiciales deben ser “derivaciones razonadas del derecho y de los hechos”, pero de ahí no se deriva que necesariamente todas y cada una de las resoluciones que adopta un juez deban ser motivadas, como tampoco, que motivar equivalga a tener que dar a conocer todas y cada una de las premisas en las que necesariamente se sustenta una resolución judicial para encontrarse justificada. Dependiendo del tema a tratar y del momento en que se lo resuelva, incluso cabe la posibilidad de que ni siquiera se esté obligado a hacerlo. En esos casos, los argumentos deberán estar en su cabeza, pero el juez no tendrá que dar cuenta de ellos, por lo menos no en esa oportunidad.

Sucede que las razones por las cuales las resoluciones judiciales deben ser una “derivación razonada del derecho y de los hechos de la causa” (con el alcance antes dado a esta expresión) son distintas (y no implican ineludiblemente) a las razones por las cuales aquéllas debieran ser motivadas. Deben ser “justificadas” porque eso es lo corresponde en un Estado de Derecho como el nuestro donde *“Toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca” Fallos: 191:245.*’ (330:3801 -disidencia del juez Eugenio Raúl ZAFFARONI-). En cambio, que las resoluciones judiciales deban ser motivadas se sustenta en otros fundamentos que no son otros que los mencionados en el punto I de este trabajo: el derecho de defensa en juicio (donde también incluyo el derecho al recurso), la publicidad de los actos de gobierno (que el público en general pueda conocer los fundamentos de las resoluciones y que el juez pueda dar a conocer sus argumentos), el fomento de la previsibilidad e igualdad de trato por intermedio de los precedentes, y el hecho de que la “motivación” actúe a modo de “control de calidad” y de “reja” a fin de evitar arbitrariedades⁹.

Que los jueces tengan que “motivar” sus decisiones es algo que depende de (y puede variar según) cada ordenamiento jurídico. A tal punto es así, que basta con mirar en el pasado para encontrar varios ejemplos históricos de jueces a los cuales les estaba prohibido motivar sus resoluciones¹⁰. Hoy día seguramente no encontremos prohibiciones en tal sentido, pero probablemente tampoco daremos

⁹ Si la exigencia de motivación de las resoluciones tiene además raigambre constitucional es otra discusión (véase el excursus).

¹⁰ Ver, MALEN SEÑA (2001:379 y ss.), donde analiza dos modelos de jueces y de ejercicio de potestad jurisdiccional centrandó su atención en la obligación que tengan o no de fundar sus decisiones en derecho, con alusiones históricas relativas a España. Ver también IBAÑEZ (1992) y el minucioso trabajo de ACCATINO SCAGLIOTTI (2003:09/35) y (2005).

con ordenamientos en los cuales se obligue a los jueces a hacerlo en todas y cada una de las ocasiones en las que deban fallar. Cuando hablamos de resoluciones judiciales y de la necesidad de su “motivación”, generalmente pensamos en decisiones de cierta importancia (paradigmáticamente, una sentencia condenatoria), pero los jueces en el marco de sus funciones dictan innumerable cantidad de resoluciones, es decir, de decisiones que, según cuales sean, generarán distintas consecuencias jurídicas (por ejemplo, no hacer lugar a la realización de una medida probatoria, correr una vista a una parte procesal, conceder un recurso de apelación). Es muy probable que no de todas ellas consideremos necesario exigir que sean “motivadas”.

Esto se puede ver claramente en el Código Procesal Penal de la Nación¹¹. En él se denomina resoluciones a las decisiones que tome el juez durante la tramitación del expediente y, dependiendo de si esté obligado o no a motivarlas como condición de validez del acto (es decir, a la forma que deban presentar aquéllas), se las llama sentencias, autos o simples decretos (artículo 122). De acuerdo con el artículo 123, en el supuesto de los llamados “simples decretos”, en principio -pues para ciertos casos la motivación se encuentra expresamente prevista-, no se deberán exteriorizar sus fundamentos (es decir, el juez no está obligado a ello, aunque bien podría hacerlo dado que no le está prohibido)¹². En estos casos, el juez dará a conocer sólo su conclusión; así, por ejemplo, quedará plasmado en las actuaciones que “se cita a x a prestar declaración testimonial”. Pero ello no quiere decir que él pueda actuar “como le dé la gana”. Como antes afirmé, del hecho que no se exija la motivación de una decisión no se deriva que se trate o pase a ser una decisión discrecional del juez, en el sentido de que no tenga que seguir parámetros preestablecidos por el ordenamiento jurídico al momento de decidir; al contrario, el juez deberá tener buenas razones para hacerlo, razones que vendrán dadas por las normas que guían la solución del caso (en el supuesto de la medida probatoria recién mencionada, el juez, por ejemplo, deberá tener en claro por qué considera que x puede brindar información relevante para la investigación -art. 239-. No sería un fundamento válido el que lo haya citado sólo para “molestar” a la persona que tiene que concurrir a declarar)¹³.

¹¹ Los ejemplos que se utilizarán corresponden preponderantemente al derecho penal. Pido disculpas por esto, pero, citando a un autor que sí tenía derecho a decirlo, “...No se me puede reprochar el que como criminalista haya tomado los ejemplos del derecho penal. Aquí me siento como en mi propia casa...” WELZEL (1953:38).

¹² Esto no quita que en el citado código se puedan encontrar ciertos defectos de técnica legislativa. Por ejemplo, uno podría preguntarse en qué se diferencia un auto de un simple decreto que requiere fundamentación (cuando así se lo exige) (art. 123), o por qué se habla en el art. 224 de un “auto fundado” para dictar un allanamiento si ya por el hecho de tratarse de un “auto” debería fundamentarse de acuerdo a lo establecido en el art. 123.

¹³ En esto no tiene relevancia el hecho de que algunas resoluciones no sean recurribles, por ejemplo, los decretos simples que disponen la producción de medidas probatorias (art. 199 del C.P.P.N.), ya que “...irrecurrible no significa no reglado, sino tan sólo que, en función de la agilidad del proceso, los agravios de las partes no serán contemplados en esa ocasión, o nunca...” [VIRGOLINI/ SILVESTRONI (2001:284)]. Lo propio corresponde decir de las resoluciones definitivas: las decisiones de la corte suprema son definitivas pero no por eso podemos decir que son infalibles [ver HART (1963:176/183)]. También, MAIER (1996:33/34): “...Supuesta la norma que impone a los jueces fundar sus fallos en las soluciones que prevé la ley, debe decidirse que, así como el Derecho pese a prohibir el homicidio, no

De este modo, la regulación prevista en el artículo 123 del C.P.P.N. nos permite ver lo contingente que resulta la exigencia de “motivación” y, por contraste, la diferencia que existe entre este último concepto y la “justificación”. Otro ejemplo claro donde, de la misma forma, se puede apreciar la diferencia entre “justificar” una resolución y “motivarla”, nos los da el artículo 400, 2º párrafo, del mismo código. Regularmente los jueces que integran el Tribunal Oral que llevó adelante el debate oral y público, luego de finalizados los alegatos finales, se deben retirar a deliberar y una vez concluida esa deliberación, deben leer la decisión como también su motivación. Ahora, en determinados casos, según este artículo (400, 2º párrafo), la “redacción de la sentencia” por parte del Tribunal Oral podrá ser diferida. En tales supuestos, luego de la deliberación, debe leerse “tan solo su parte dispositiva, fijándose audiencia para la lectura integral”. Ahora, es claro que el proceso de deliberación de los jueces debe ser igual en uno y otro caso. En los supuestos del art. 400, 2º párrafo, esos motivos que se leerán con posterioridad, ya deberían existir (como producto de la deliberación) al momento de leer la parte dispositiva, es decir, los jueces deben tener en claro en ese momento los fundamentos en razón de los cuales absolverán o condenarán al acusado. Dicho de otro modo, aquí los fundamentos deben existir y no serán otros que los que obtengan los jueces al deliberar; la motivación se dará a conocer luego (expresión hacia las partes y el público en general)¹⁴. Expresado ahora de manera burda: los jueces del tribunal no podrían decir, por ejemplo,

puede impedir que efectivamente sean cometidas estas acciones, de la misma manera le es imposible asegurar, como necesidad causal, que las sentencias judiciales se ajustarán a las normas que las regulan y a las que deben fundarlas. Pese a ello, el Derecho intenta por todos los medios conseguir la decisión judicial respetuosa de la ley, invalidando las sentencias formalmente defectuosas, estableciendo recursos para los afectados por una decisión inadecuada y hasta sancionando al juez que se aparta dolosamente de la obligación consignada. El hecho de que exista una decisión definitiva sólo tiene explicación por la necesidad política práctica de establecer un final para todo conflicto, pues sin este final estarían de más los jueces, sus sentencias y las mismas reglas que pretenden fundarlas. El Derecho nunca ha predicado que estas decisiones sean *infallibles*, sino, solamente, que son *válidas* definitivamente. Como regulador práctico del comportamiento humano se ve precisado a fijar un límite autoritario a la discusión y, con ello, a la validez. Por lo demás, no tiene ningún sentido hablar de la falibilidad o infalibilidad de una decisión sin confrontarla con reglas presupuestas, pues sólo respecto de ellas el juez puede errar o inobservarlas maliciosamente; si el Derecho es la sentencia, mal puede el juez equivocarse. Ha contribuido, sin duda, a la confusión, la inadvertencia de que dos tipos de normas confluyen a regular la actividad del juez: una establece las condiciones de validez del acto decisorio que cumple el juez y la otra establece el deber de decidir (bien o mal) o, más allá aún, el de hacerlo sin apartarse voluntariamente de fundar su sentencia en normas preexistentes...” [También, MAIER (1996:51, nota 88) y (1980:44/45)]. Asimismo, tampoco el carácter definitivo de una resolución puede transformar una proposición falsa en verdadera. ALCHOURRÓN/BULYGIN (1989:309/313): “...la verdad de un enunciado empírico como ‘Juan mató a Alfredo’ no depende de lo que el juez u otros funcionarios dicen. Depende tan solo de las reglas semánticas del lenguaje usado y de los hechos denotados por el enunciado....El hecho de que...[el proceso judicial] esté sujeto a restricciones y limitaciones temporales y finaliza por medio de la decisión del tribunal, revestida de autoridad y final, no significa que esa decisión sea infalible (aún cuando provenga de un tribunal supremo). Una decisión basada en un enunciado fáctico falso es *válida*, es decir, produce todos sus efectos jurídicos y no puede ser alterada (aparte de las posibilidades de apelación o revisión por un tribunal superior), pero puede, no obstante, ser criticada como errónea. Tiene perfecto sentido decir que la decisión de un tribunal (aún de última instancia) está equivocada, aunque tal crítica es externa al proceso judicial y no produce efectos jurídicos inmediatos...Este es el precio que el derecho está dispuesto a pagar en aras de la seguridad y de la paz social, esto es, por poder resolver los conflictos sociales dentro de ciertos límites temporales...”.

¹⁴ Ver, MAIER (1996:659, nota 341).

“para mí está para condenar...¿por qué motivo?...después lo vemos, total tenemos varios días para pensar”.

Por cierto que una vez que se acepta la diferencia entre la “justificación” de una decisión judicial y su “motivación”, y a la vez se conviene en que no todas las resoluciones deberán ser “motivadas”, la siguiente pregunta que sale a nuestro encuentro es qué criterios utilizaremos para discriminar cuáles deberán ser motivadas y cuáles no y, principalmente, cómo fundamentaremos la elección de aquéllos.

Las legislaciones procesales no suelen requerir que todas las resoluciones sean motivadas. Por ejemplo, el Código Procesal Penal de la Nación no exige motivación cuando se ordenan la mayoría de las medidas de prueba (v.g. la citación de una persona a prestar declaración testimonial) pero sí lo hace cuando se trata de injerencias en derechos más intensas, como el caso de los allanamientos de morada. Uno puede coincidir en que la obligación de concurrir a prestar una declaración como testigo también genera molestias en las vidas de las personas citadas (no sólo por el tiempo que absorbe la declaración en sí misma, sino también por la suspensión de actividades programadas, el tener que trasladarse al lugar a donde se realizará el acto, etc.), pero sin duda que aquella molestia es significativamente más intensa cuando hablamos de medidas como un allanamiento o una intervención telefónica. Vemos entonces que la importancia del derecho afectado y la intensidad de su invasión son criterios que las legislaciones suelen tener en cuenta a la hora de exigir motivación en las resoluciones que las disponen.

Sin embargo, ese no es el tema de este trabajo. Pueden pensarse argumentos acerca de qué criterios la legislación *debería* seguir a efectos de diferenciar entre decisiones que tendrían que ser motivadas y cuales no. Y, sin duda, se trata de un tema que requiere para sí la dedicación de tiempo y esfuerzos. Pero una vez superado (o bien saltado) ese punto, por ejemplo, si uno sigue lo previsto por el Código Procesal Penal de la Nación, el problema pasa a ser determinar o establecer en qué consiste eso que llamamos “motivación” de las resoluciones. Es decir, por seguir con el caso, cuándo diremos que la disposición de un allanamiento a un domicilio está motivada. Por lo tanto, se trata de elaborar criterios a partir de los cuales se pueda juzgar si un juez cumplió o no con su deber de motivar cuando ello le es exigido por el ordenamiento jurídico.

IV.- Puntos de partida para la elaboración de criterios de motivación.

A la hora de elaborar criterios para juzgar la motivación de una resolución judicial, la postura más extrema que uno podría imaginar para contestar ese interrogante tiene que ser dejada de lado. Un deber de reflejar exactamente cada una de las premisas en las que se sustenta la “justificación” de una resolución

sería francamente inalcanzable (además de carente de utilidad) pues probablemente exista, como sostienen BOVINO y COURTIS:

“...una imposibilidad material de la explicitación efectiva de todos los presupuestos valorativos...en cada decisión de la práctica jurídica-. Imaginemos qué sucedería en la práctica judicial si cada resolución debiera contener todos sus presupuestos justificatorios. Así, por ejemplo, el juez que autoriza fotocopiar el expediente debería explicar por qué razones la Constitución Nacional es derecho positivo, por qué es válida su designación de juez, por qué es competente para decidir el pedido, por qué es válida la norma que autoriza a conceder el pedido, etcétera, etcétera, etcétera...”¹⁵.

Incluso si se piensa en que las conclusiones probatorias más claras y sencillas presuponen muchas otras conclusiones intermedias (y sus correspondientes razonamientos), se coincidirá que plantear las cosas en esos términos sería claramente exagerado:

“...Tomemos por caso una conclusión fáctica paradigmática, e. g.: ‘Juan mató a Pedro’; ella nunca está contenida en las premisas que le sirven de apoyo, pues los enunciados a partir de los cuales la conclusión se extrae no dicen ‘Juan mató a Pedro’, sino ‘Diego vio que Juan mató a Pedro’, etc. Queda claro, pues, que ninguna de las premisas dice exactamente lo que dice la conclusión, de allí que ésta sea aumentativa. Ni siquiera las premisas fundadas en prueba que los juristas suelen denominar ‘directa’ contienen la conclusión o hacen explícitos todos sus presupuestos inferenciales. Para llegar a la conclusión ‘Juan mató a Pedro’ a partir de la premisa ‘Diego vio que Juan mató a Pedro’ es necesario realizar una serie de inferencias, que tendrán en cuenta tanto proposiciones fácticas afirmadas por los medios de prueba (datos) como leyes epistemológicas que permitan relacionar esos datos (i.e., reglas o máximas de la experiencia y presunciones legales). De hecho, cada una de las premisas de un razonamiento inductivo es a su vez una conclusión que se infiere de otras premisas. Así, por ejemplo, la conclusión ‘Juan mató a Pedro’ se infiere de la premisa ‘Diego vio que Juan mató a Pedro’ y ésta, a su vez, es una conclusión que se infiere de otras premisas: ‘el testigo Diego es consistente en su declaración’ (premisa fáctica); ‘cuando un testigo es consistente en su declaración, generalmente dice la verdad’ (regla de experiencia)...”¹⁶.

Es claro, si se tiene en cuenta todo ello, que resultaría excesiva una obligación que imponga el deber de explicitar todos y cada uno de los presupuestos de los que parte el juez pues, a poco que se mire, se caerá a cuenta de que en realidad no son pocos (por ejemplo, el hecho mismo de que él es juez, que resulta ser competente para dirimir la cuestión, que la acción no está prescripta, que el imputado no ha fallecido, que no se haya dictado una amnistía, etc., por

¹⁵ BOVINO/COURTIS (2001:199/200).

¹⁶ PÉREZ BARBERÁ/BOUVIER (2004:538/539). Sobre el razonamiento probatorio, véase también FERRAJOLI (1995:130/131), GONZÁLEZ LAGIER (2003:35/36), AGUILÓ REGLA (2007:11) y GASCÓN ABELLÁN (2005: capítulo IX).

mencionar los casos más generales), como tampoco lo son los argumentos utilizados por el juez -sea o no del todo consciente de ello- (por dar un ejemplo burdo, fundamentar por qué motivo considera que lo que obra a fojas x del expediente es un acta de una declaración testimonial).

Si a ese obstáculo se le suma el dato de que los jueces intervienen en una gran cantidad de expedientes y que deben resolver dentro de determinados tiempos (incluso en algunos casos las resoluciones no admiten demora), esa respuesta pasa a ser ineludible¹⁷. Redactar, leer, corregir y terminar la motivación de una resolución lleva tiempo y exige la aplicación de recursos materiales y esfuerzos humanos¹⁸. Si se trata de una exposición, por ejemplo, en juicio oral y público, prepararla puede llevar más o menos tiempo, pero sin perjuicio de ello, tampoco la audiencia podría durar una gran cantidad de horas o días inclusive. Si además se multiplica aquel insumo por la cantidad de causas que habitualmente tiene a su cargo un tribunal, se podrá observar hasta qué punto la infraestructura a su disposición no podrá ser empleada para cumplir con los muchos otros deberes que también tienen esos funcionarios¹⁹. Por lo tanto, si *deber* implica *poder*, la obligación de exteriorizar una a una las premisas necesarias de la “justificación” de sus decisiones ya no tendría sentido.

Pero una vez que aceptamos que el explicitar todas las premisas necesarias de un razonamiento no es lo deseable y que la opción de no exponer ningún argumento está descartada de plano -dado que significaría directamente no “motivar” la decisión-, la pregunta pasa a ser, entonces, qué debe decirse en una resolución judicial para que esta se encuentre motivada. Se trata de encontrar un equilibrio entre las opciones más extremas. Sin embargo, el problema viene dado por no contar con alguna diferencia (no la hay o no se conoce) que justifique que determinadas premisas de todas las que integran las cadenas argumentales que constituyen la “justificación” de una decisión, sean volcadas en la “motivación” y otras no. Dado que en última instancia cualquiera de esas premisas constituye una condición necesaria para sustentar la “justificación” de la decisión, siempre nos vemos atrapados en una pendiente que nos lleva hacia cualquiera de esos dos extremos (incluir todas las premisas en la “motivación” o no incluir ninguna). Es

¹⁷ Utilizando una iluminadora comparación que le escuché en una oportunidad a Rodolfo Belisario ROLDÁN, la situación en la que se encuentra el juez, en este aspecto, es equiparable a jugar partidas simultáneas de ajedrez (pero sin ser un Gran Maestro).

¹⁸ Para quien precise algún reconocimiento legal de todo esto le alcanza con leer el art. 400, 2º párrafo, del C.P.N.N.. O mire, por favor, cualquier tomo del repertorio de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; allí seguramente encontrará que en un mismo día se dictan gran cantidad de resoluciones y que en otros días hábiles no se dictaron ninguna ¿no se pensará que el día que se escribe la versión final y se firma fue el momento en el cual se concibió la resolución?

¹⁹ Este tipo de consideraciones pueden ser un buen fundamento para disponer legislativamente que ciertas decisiones que los jueces deben tomar al intervenir en un expediente no sean motivadas obligatoriamente, por ejemplo, la realización de la mayoría de las medidas probatoria (punto III); inclusive el mismo criterio puede utilizarse para justificar que ciertas decisiones no sean recurribles (nota 13). Todo ello con el fin de lograr agilidad en la tramitación de un asunto.

necesario, por lo tanto, recurrir a factores externos para poner un límite dentro del continuo que nos brinda ambos polos²⁰.

Es en este punto donde el tener en cuenta la diferencia entre “justificar” y “motivar” muestra toda su utilidad, pues brinda un punto de apoyo para elaborar criterios operativos a partir de los cuales evaluar la motivación de las resoluciones judiciales. Esos puntos de partida surgirán del juego entre los diversos fundamentos que pueden brindarse a la exigencia de motivar (punto I). Así, por ejemplo, la versión extrema de una “motivación” a la que hice referencia, quedaría descartada no sólo por lo inalcanzable que resulta, sino también porque resultaría perjudicial para al derecho de defensa y la publicidad de los actos de gobierno (nadie dispone de fuerzas y tiempo infinito para leer o escuchar “motivaciones” de resoluciones judiciales, más allá de lo tedioso que podría resultar hacerlo). Esto ya indica que la “motivación” de una resolución no debe extenderse más allá de lo necesario.

V.- Directivas generales de motivación.

Todos los fundamentos a la exigencia de “motivar” las resoluciones (punto I) tienen como dato sobreentendido la existencia de procesos judiciales como así también la existencia de jueces. Un proceso judicial presupone una situación conflictiva, un escenario donde no existe una única opinión y el juez aparece en él como el tercero encargado de dirimirlo. Es por eso que, en mi opinión, las discusiones dadas por las partes -aquellos puntos donde exista controversia- brindan una buena guía al efecto de “motivar”. Un juez debe dictar resoluciones “justificadas” y al “motivarlas” tiene que tener en cuenta que aquello debe quedar demostrado. En definitiva, la “motivación” no deja de estar estrechamente vinculada con la retórica, con persuasión y el debate. De ahí que lo más conveniente, a los fines de decidir dónde deberán aplicarse los mayores esfuerzos de “motivación”, sea, en primer lugar, identificar lo que se pueda dar por presupuesto y aquellas cuestiones sobre la que exista consenso. Esto nos permitirá elaborar un marco negativo de “motivación”, es decir, aquello respecto

²⁰ Bajo esta definición, el término “motivación” es un concepto que sufre de vaguedad y, como tal, habrá casos claros de aplicación, casos oscuros y casos de penumbra, es decir, ante la pregunta de si una resolución se encuentra “motivada”, nos encontraremos con supuestos donde con certeza diremos que sí, casos en los que claramente diremos que no y supuestos en los que dudaremos qué contestar [ver, CARRIO (1994:33/34). También HOSPERS (1961:48 y ss) y NINO (1980:264)]. Acerca de la falacia informal de “pendiente resbaladiza”, ver COMESAÑA (2001:91 y ss.: “La estructura general de este tipo de razonamientos es la siguiente: se nota que la diferencia entre dos cosas o sucesos, A y B, es insignificante y que, por lo tanto, si A es aceptable (inaceptable), o bueno (malo), o verdadero (falso), B también debe serlo. A continuación, se nota que la diferencia entre B y C es del mismo tipo que la que existe entre A y B y que, por lo tanto, si B es aceptable (inaceptable), o bueno (malo), o verdadero (falso), entonces C también debe serlo; y así sucesivamente. La conclusión de la pendiente resbaladiza puede ser de dos tipos. En el primer caso, se concluye que debería aceptarse Z (una cosa o proceso que la audiencia no acepta) dado que la audiencia acepta A. En el segundo caso, la pendiente resbaladiza se complementa con el *Modus Tollens* para concluir que, dado que no queremos aceptar Z, no deberíamos tampoco aceptar A” (pag. 92). También, HOSPERS (1961:49 y 50).

de lo cual no resultara imprescindible que la motivación de una resolución se refiera.

Por estar tan vinculado al caso concreto, probablemente no sea recomendable utilizar o elaborar criterios de motivación detallados y rígidos, sino más bien optar por ciertos estándares que serán adaptables al momento, el tema y el supuesto a resolver. Pero de cualquier manera, es claro que de nada y a nadie sirve destinar largos párrafos a premisas de una resolución que no son discutidas y nadie razonablemente estaría dispuesto a discutir²¹. Es más, hacerlo favorece a que pasen desapercibidos los defectos que pueda presentar una resolución. Todos sabemos que “una cadena no es más fuerte que el más débil de sus eslabones”. Por lo tanto, es en esos puntos controvertidos donde se debe centrar la atención. Esto no quiere decir que las partes puedan “disponer del derecho”, sino que lo que aquí se sostiene es que el juez no tenga la obligación de explicar porqué motivo él sustenta una premisa que comparte con todas las partes. Los esfuerzos deberían ser puestos allí donde realmente exista controversia (entre las partes o entre lo que diga cada una de ellas y la opinión del juez) y sea determinante para la solución del caso.

Sin embargo, si en algo la “motivación” de las resoluciones judiciales va a favorecer al debate democrático (punto I), lo controversial, lo que deberá ser tema de “motivación” en la resolución, no tendrían que limitarse a los planteos que hagan las partes, sino que deberían que extenderse a los puntos que serían discutidos por un auditorio imaginario que conociera lo debatido que resulta un tema a nivel jurisprudencial o doctrinal (casos en los que sería “natural” exigirle al juez alguna palabra sobre la cuestión), de forma tal que su opinión no aparezca como una “opinión meramente dogmática” (para volver a utilizar una expresión acuñada por nuestra Corte Suprema)²². Piénsese en temas como la delimitación de acciones privadas ajenas a la autoridad de los magistrados (art. 19 de la C.N.), aborto y eutanasia, o cuestiones en las cuales el fallo constituiría un *leading case*. Por cierto que la capacidad de rendimiento de este estándar es en si mismo bastante bajo, pues resulta poco probable que si el tema se encuentra

²¹ Al contrario de lo que se podría creer, esto es de lo más usual en los expedientes judiciales. Si nadie discute sobre la competencia territorial o material del juez, por resultar evidente que sí resulta ser el funcionario competente para intervenir en el asunto, nos resultaría extraño leer en una resolución una expresa motivación sobre tal cuestión, al menos efectuada en largos párrafos. Para los casos en los que aquella cuestión sí fuera discutida, los códigos procesales suelen prever un procedimiento especial para hacerlo, a saber, una excepción de previo y especial pronunciamiento (art. 340, inciso 1º, del C.P.P.N.). Lo mismo cabe decir sobre la incorporación de alguna prueba en el proceso (por ejemplo, que al dictar un auto de procesamiento el juez expresamente justifique por qué motivo es válido -no es inválido- utilizar como prueba elementos secuestrados durante una allanamiento que él mismo dispuso con anterioridad cumpliendo, a su entender, con todos los requisitos legales y que además ninguna parte discutió en sentido alguno). Aquí también se encuentra previsto un procedimiento concreto para debatir cómo fue dispuesto o llevado a cabo el acto de incorporación del material probatorio y eventualmente privarlo de sus efectos (art. 170 del C.P.P.N.).

²² Así y todo, incluso este parámetro debería tener un límite, pues, en última instancia, cualquier argumento que utilice un juez estará apoyado en otros y así hasta llegar a las clásicas e interminables discusiones filosóficas relativas al conocimiento, a la existencia, al libre albedrío, etc.

controvertido a nivel jurisprudencial o doctrinal, la cuestión no esté abarcada ya por alguna defensa de las partes (con lo cual, como veremos, necesariamente deberá ser incluido en la motivación). A esto habría que sumarle el hecho de que el juez seguramente tendrá además una razón prudencial autónoma para “motivar” cuestiones como esa. El auditorio del juez no está conformado únicamente por las partes y el público en general. El debe argumentar a favor de su decisión también frente a los otros jueces que eventualmente tengan que revisar su decisión y decidir si la mantienen o no (ante un recurso, por ejemplo).

Ahora, nada de lo dicho significa que entonces es correcta esa crítica, tantas veces escuchadas en boca de empleados y funcionarios de tribunales, según la cual “una resolución no puede ser un tratado”. Yo digo: por supuesto que no²³. Motivar una resolución exige mucho menos que eso. Como afirma GASCÓN ABELLÁN:

“...la exigencia de motivación exhaustiva no puede confundirse (ni por tanto entenderse cumplida) con una motivación simplemente profusa. No se trata de auspiciar motivaciones extensas, prolijas, interminables. Es mas, algunas motivaciones extensas, pero repletas de malabarismos argumentativos y vericuetos dialécticos, no sólo resultan poco comprensibles y (al menos en este sentido) poco racionales, sino que además pueden ser una pantalla que encubra alguna arbitrariedad. De lo que se trata es, más bien, de adoptar un estilo de motivación que huya de los argumentos *ad pompan* o *ad abundantiam* y que se ciña a los elementos precisos para hacer racionalmente justificada y controlable la decisión. Como afirma TARUFFO, <<la justificación que sigue rigurosos cánones de racionalidad es más completa, pero también más simple y lineal>>...”²⁴.

²³ Es muy curioso, pero de acuerdo a mi experiencia personal, quienes generalmente alzan esa crítica suelen considerar que una resolución “bien fundamentada”, debe contar (¿condición suficiente?!) con una enumeración (por extensas que sean) de las hojas agregadas a un expediente, al modo de “...a fs. X obra la declaración testimonial de...”, “...a fs.... obra una la declaración de...” , “...que a fs....se le recibió declaración indagatoria...”. Sin embargo esa exigencia, por la exigencia misma, resulta incomprensible: para conocer su contenido basta con leer el expediente. Esto, al parecer, no estaría limitado a nuestro ámbito. A tal efecto, véase la siguiente descripción ofrecida por ACCATINO SCAGLIOTTI (2006:11) y juzgue el lector que tan parecida es la situación a la nuestra: “...Durante la vigencia del antiguo Código [Código de Procedimiento Penal de 1906] tendió a primar la práctica de nuestros tribunales un patrón de fundamentación mínima o puramente aparente, caracterizado por: a) la inclusión de abultadas partes expositivas en las que se consignaban detalladamente cada una de las actuaciones procesales tendientes al esclarecimiento de los hechos; b) la enumeración de los medios de prueba estimados por el tribunal: c) la declaración de los hechos que se tiene por probados (o, en su caso, por no probados), unida a la afirmación de que el conjunto de medios probatorios que antes se ha enumerado, apreciados conformes a las reglas legales, es suficiente (o, en su caso, insuficiente) para tenerlos por acreditados...”. No resulta un dato menor, por lo ilustrativo que resulta, que el nuevo Código Procesal Penal de Chile (2000), en su artículo 36, en el cual se establece el principio general de según el cual las resoluciones deben ser fundamentadas, aclara “la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación”.

²⁴ GASCÓN ABELLÁN (2005:421), con cita de Taruffo M, “Il vértice ambiguo”, Il Mulino, Bolonia, 1991, pag. 150. Asimismo, por ejemplo, hablando de la motivación correspondiente a un tipo de resolución (auto de procesamiento en una causa penal), véase el primer trabajo publicado por Julio B. J. MAIER (reproducido en 2008:24, por el que se cita): “...No debe exagerarse la exigencia de una motivación jurídica. Cuando el caso resulta claro y se han examinado al motivar el hecho los elementos de que se

Lo que sucede es que en ese contexto, comentarios como el aludido (“una resolución no puede ser un tratado”) tienden a hacerse a los fines de justificar el que se omita incluir en la motivación de las resoluciones aquello con lo que indefectiblemente deben contar.

VI. El contenido ineludible de la motivación.

Por cierto que la “motivación” de una resolución, al margen del estilo y la estructura de presentación que tenga, debe contener, dentro del piso mínimo, la indicación, expresa o implícita, (pero individualización al fin) del fundamento fáctico y normativo de la decisión, concretamente las premisas que constituyen en opinión del juez la “justificación interna” de su decisión, como también una - aunque más no sea- mínima alusión a la “justificación externa” de aquellos fundamentos. Pero fuera de aquellas exigencias existe un amplio campo de motivación en cierta forma indeterminado que es necesario encauzar de algún modo.

A.- Pienso que uno de esos requisitos que ineludiblemente debe contar una “motivación” es que el caso resuelto sea claramente identificable para cualquier persona que acceda al fallo (ya sea que lo escuche o lo lea por si mismo). Por “caso” se piensa intuitivamente en el tema principal de un proceso: un homicidio, la indemnización por el incumplimiento de un contrato, el objeto de una acción de amparo, una repetición de impuestos, pero esa noción debe ser extendida a todos los temas (principales y accesorios) ventilados en un proceso: por ejemplo, si una notificación debe considerarse válida si fue hecha en x circunstancias o si, en el contexto de una excepción de previo y especial pronunciamiento, x circunstancia puede ser considerada una causal de interrupción del plazo de prescripción. El caso puede ser individualizado de manera expresa o implícita, pero lo cierto es que sin cumplir con ese requisito, ninguna de las justificaciones a la exigencia de motivar las resoluciones judiciales (punto I) podría verse realizada. El fundamento de tal exigencia radica, por un lado, en el principio de la publicidad de los actos de gobiernos (y en última instancia, en el fomento del debate democrático²⁵) y, del otro, en la concretización del derecho a la igualdad

vale el precepto legal que el juez considera aplicable, basta con la simple mención del artículo o artículos de la ley que resuelven el caso. En cambio si es difícil la derivación directa del precepto legal aplicable, el juez examinará el derecho en relación al caso concreto y expondrá las razones por las que considera fundada la solución jurídica...”.

²⁵ Esto también provocaría repercusiones ya en el estilo de redacción de las resoluciones y el tipo de lenguaje utilizado, dado que “...el lenguaje técnico aleja a quienes no lo dominen y mayor será la distancia mientras más alta sea su sofisticación. Los legos que pretendan conocer lo que se dice a través del lenguaje técnico deberán recurrir a un intérprete, a alguien que les traduzca, en términos del lenguaje natural, lo dicho. Paradójicamente, ello sucede con mucha frecuencia en todos los fenómenos relacionados con el derecho y decimos que resulta paradójico ya que el derecho está llamado a regular la vida de todas las personas desde su nacimiento hasta su muerte. El lenguaje técnico mantiene todas sus

de trato ante las decisiones judiciales. Esto último con más razón si se trata de un pronunciamiento proveniente de un tribunal revisor (ordinario o extraordinario). Ocurre que de no hacérselo, no sólo los terceros (es decir, el resto de los ciudadanos que no fueron parte en el proceso y que, por lo tanto, no saben qué era lo que se estaba discutiendo) no sabrán cuál fue el criterio general utilizado para dictar la resolución -con lo cual tampoco podrán controlar si fue o no arbitraria-, sino que además no sería posible citar el precedente para exigir su aplicación en otros casos equivalentes (al menos frente al mismo tribunal que lo dictó) o verificar si el juez o los jueces han cambiado entonces su postura o no. No sólo se trata de que difícilmente las personas puedan leer el expediente para poder saber cuál fue el caso resuelto (si no fueron partes seguramente no podrán siquiera entrar en contacto con a él), sino que no veo cuál sería el argumento que podría respaldar una idea tal, es decir, el que se tenga que acceder al expediente para poder conocer cuál fue el criterio utilizado por un tribunal para resolver un asunto y así poder citarlo. Eventualmente, a lo dicho habría que sumarle el derecho de defensa en juicio -en sentido amplio- (si la posibilidad de recurrir se encuentra prevista), pues el no identificar el caso dificulta su evaluación por parte de otros jueces, como así también el análisis crítico y la discusión que puedan realizar las partes a los fines de motivar sus recursos. Tampoco permitirá controlar si fue resuelto más allá de lo pedido por la parte (*ultra petita* y que en materia penal repercute en la prohibición de actuación por parte del juez ex officio) o sin respetar congruencia entre imputación y condena.

B.- Por otro lado, en la “motivación” de una resolución debería ser un presupuesto el que la conclusión se derive de las premisas, cosa que no sucede cuando la argumentación presenta defectos formales tales como una autocontradicción. Una contradicción sólo se limita a señalar que únicamente una de las vías puede ser elegida -lo que no es poco- pero no las dos. Ahora, cuál se vaya a elegir es otro problema cuya resolución requiere de argumentos adicionales. Por lo tanto, al efectuarse de manera simultánea afirmaciones incompatibles y no obstante ello, haberse elegido una (de otra manera no podría haberse dictado resolución), se evita dar a conocer cuál fue el argumento en virtud del cual se eligió en los hechos una de las opciones y pone en evidencia,

ventajas mientras se lo mantenga en el ámbito correspondiente, pero cuando se lo traslada a campos donde no debería operar sin más, genera incomunicación. Eso sucede con el lenguaje técnico de los abogados. En un diálogo en el que están llamados a participar todos los ciudadanos, un lenguaje privado es el que prepondera...En lo que a la administración de justicia corresponde (y pensamos principalmente en la redacción de resoluciones o dictámenes) el lenguaje técnico debería ser dejado de lado todo lo posible. Lo contrario importará limitación de las eventuales críticas: sólo un grupo selecto podrá opinar sobre los fundamentos y razonamientos utilizados; el resto de los mortales deberá confiar en un argumento de autoridad (mal fundamentado, por cierto, ni justificado): ‘Si lo dijo el Juez (léase también, abogado, fiscal, defensor) por algo será. Estudió como seis años para eso’. Aquel efecto de exclusión y acallador es potenciado, en general, por el marco de solemnidades y rituales que suelen tener los procedimientos judiciales. Teniendo en cuenta que la raíz del lenguaje técnico no es más que lenguaje natural, se debería intentar retraducir los conceptos técnicos a términos más llanos (lo que exigiría mayor o menor esfuerzo, pero de ninguna manera un esfuerzo imposible de hacer) para que lo afirmado por un juez pueda ser analizados por todos los ciudadanos, para que sus actos puedan ser llamados, efectivamente, actos públicos...” [BEADE/ROLDÁN (2008:273, nota 53)].

de ese modo, que el juez no ha demostrado el modo en que su resolución fue “justificada”, quedando el razonamiento, en ese punto, oculto de la crítica del público en general y las partes en el proceso. La situación, en función de ello, resulta incompatible con los objetivos que justifican la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales (punto I).

Otro tipo de defectos en los razonamientos como el mencionado se da cuanto se *pretende* derivar de una premisa una consecuencia que de ningún modo está contenida en aquella (falacia de atingencia). Creo que los casos más conocidos de este tipo de fallas se vinculan a la utilización de categorías vacías para hablar de igualdad de trato (“igual a los iguales y desigual a los desiguales”) o de los límites de los derechos (“el derecho de uno llega hasta donde comienza el derecho de otro”). El problema con este tipo de expresiones es que por sí mismas no nos pueden decir cómo establecemos quién es igual a quién (dado que no hay nada en el mundo que en algo no sea igual a otra cosa y en algo, desigual) y dónde empiezan y terminan los derechos (que precisamente sería lo que nos permitiría resolver la controversia)²⁶. Es claro que no queda más opción que recurrir a criterios externos para fundamentar la delimitación que en definitiva se haga; sin embargo, es muy usual que se apele a este tipo de frases pensando que con su sola mención basta para justificar la decisión en un caso concreto. Se logra de esta manera que lo importante a discutir quede oculto. Cuando ello sucede, se toma una solución sin haber expuesto el criterio determinante, pero queriendo demostrar que sí se lo ha hecho. Por lo tanto, el defecto formal (sea o no el juez consciente de ello) no reside en el criterio que en los hechos haya utilizado el juez (éste inclusive podría estar “justificado”), sino en que se pretendiera haberlo expuesto cuando en realidad aquello no sucedió (pues se

²⁶ Véase, BOBBIO (1993:53/54 y 73/74). También, GARGARELLA (2007:732): “La idea según la cual se debe ‘tratar igual a los iguales’ (y su contraparte, que ‘los diferentes pueden ser tratados de modo diferente’) es, en los modos habituales en los que se la presenta, vacua, cuando no directamente peligrosa. En efecto, dicha idea aparece como uno de los habituales ‘comodines teóricos’ utilizados en nuestro ámbito jurídico para justificar cualquier decisión que la autoridad de turno (tal vez de la mejor buena fe) tenga intenciones de justificar (un ‘comodín’ teóricamente tan pobre y cuestionable como las ideas de que ‘todos los derechos tienen su límite’, o que ‘los derechos terminan donde empiezan los de los demás’). La vacuidad conceptual a la que me refiero resulta del hecho de que tal declaración sobre la igualdad, pretenciosa en su tosquedad, aparece siendo compatible con cualquier resultado imaginable, en tanto y en cuanto no se haga lo único que importa en dichos casos: dejar en claro cuáles diferencias son moral y jurídicamente relevantes y cuáles no. En la medida en que dicho ejercicio teórico no se lleve a cabo –que es lo que ocurre de modo habitual– el derecho corre el riesgo de convertirse, simplemente, en una excusa para imponer por la fuerza, y con vocación de autoridad, cualquier tipo de discriminación...”. Asimismo, sobre otros de esos “comodines teóricos”, GUIBOURG (2002:87 y ss.): “...Haz el bien sin mirar a quién. Vive honestamente, no dañes a otro y da a cada uno lo suyo. Trabajemos todos por el bien común, combatamos el mal, comportémonos decentemente, seamos razonables. Estas exhortaciones son compartidas por todos, lo que las hace sumamente sospechosas, ya que las aceptan personas cuyas orientaciones morales son incompatibles entre sí. El conflicto aflora cuando se trata de determinar cuáles conductas son decentes, honestas o razonables y cuáles no lo son, en qué casos una persona puede considerarse injustamente perjudicada por otra y en qué otros debe tolerar que el otro ejerza su derecho, qué ventajas o desventajas son lo suyo de cada quien y en qué supuestos. Y, en definitiva, cuál es el contenido de lo que llamamos el bien y de lo que estigmatizamos como el mal. Frente al conflicto, deberíamos caer en la cuenta de que nuestro acuerdo previo era ficticio, pues reposaba sobre palabras hermosas pero vacías, que actuaban como pronombres del contenido que cada uno quisiera atribuirles...”. Véase también la nota 33.

utilizó al efecto una premisa que no respaldaba la solución). De ese modo se puede ver que de nuevo la situación resulta incompatible con los objetivos que justifican la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales (punto I), pues atenta contra cada uno de ellos.

C.- Otro ejemplo de parámetros que indefectiblemente deberían ser seguidos (y exigidos) al motivar una resolución, y que tiene directo anclaje en el derecho de defensa en juicio, diría que el juez está obligado a dar respuesta a los argumentos que hayan brindado las partes o sus letrados. Si no rigiera esta obligación, el derecho de defensa en juicio, en su concreción del derecho a ser oído, quedaría reducido a una broma de mal gusto. Es difícil imaginar escena más arbitraria, en el contexto de un proceso judicial, que la de una persona criticando una decisión del juez (por ej., que diga: “*se trata de una resolución equivocada, por a, b, c, d, y e*” -donde cada letra representa un argumento-), a la que simplemente se le conteste: “*no, no...no es así, la resolución es confirmada...*”. Sucede que sólo tiene sentido exigir que las partes en juicio tengan la oportunidad de defenderse, de ofrecer y criticar prueba, de atacar y formular argumentos frente a los de su contraparte, si a la vez se reconoce que es obligatorio contestarlos²⁷.

Por cierto, la obligación de contestar los argumentos de las partes exige, por su parte, cierta matización o aclaración. En primer lugar, las partes deben ser claras al formular sus planteos pues, como sucede en toda comunicación, aquello resulta necesario para que el emisor tenga éxito en transmitir su mensaje y evite ser mal interpretado. Por supuesto que no será necesario recurrir a fórmulas sacramentales o formalismos para hacerlo, pero constituye una carga para las partes que los concretos objetivos que pretenden con sus argumentos y los fundamentos que tengan para sustentarlos, puedan ser comprendidos por quién está obligado a responderlos. En segundo lugar, no sería razonable privar de efectos una resolución todas y cada una de las veces en las que no se haya dicho algo sobre cada una de las afirmaciones o opiniones dadas por las partes, dado que, por ejemplo, en sus presentaciones pueden identificarse -al igual que en las resoluciones judiciales- tanto *holdings* como *obiter dictum*. Sí -y esto queda fuera de discusión- deberían contestarse los argumentos introducidos por las partes que sean “conducentes para resolver el caso”. Sin embargo, como se podrá advertir, resulta vital establecer un criterio a partir de cual poder distinguir

²⁷ De ahí que pueda dudarse de la constitucionalidad de la modificación hecha al art. 455 del C.P.P.N. por la ley 26.374 (vinculada con el trámite del recurso de apelación), en tanto que ahora únicamente se le exige a la cámara de apelaciones que “exponga sus fundamentos” cuando vaya a revocar la decisión cuestionada, o cuando la confirme pero teniendo en cuenta “criterios no considerados por el juez o tribunal que previno” o cuando esa decisión no “haya sido adoptada por unanimidad”. Es decir, que si la resolución apelada va a ser confirmada por unanimidad y por los mismos criterios utilizados en aquélla, el tribunal no estará obligado a “motivar” su decisión y, en lo que aquí importa, no tendrá que explicar por qué considera que los argumentos del recurrente no son adecuados o suficientes para revocar la resolución analizada. Tal vez la invalidez de este precepto (por afectar el derecho de defensa en juicio) se vea sorteada en razón de que los recursos de apelación a los que resulta aplicable no sean exigidos, necesariamente, por la garantía de la doble instancia (quedan al margen los casos en los que se recurre la imposición de una prisión preventiva). Pero piénsese qué se diría si tal precepto estuviera previsto para los recursos de casación contra sentencias definitivas.

argumentos conducentes de los que no lo son, pues no hacerlo generaría el riesgo de que el derecho de defensa en juicio sea burlado con un simple cambio de etiquetas. Por lo tanto, en mi opinión, deberán ser tenidos como “argumentos conducentes” de las partes todos aquellos que, de ser compartidos por el juez, deberían hacer variar la solución final del asunto. Mediante ese análisis hipotético se podrá discriminar, entonces, los argumentos que necesariamente deben ser contestados por el juez (si es que su decisión no concuerda con la propuesta por la parte). De esta manera –compatibilizando el derecho de defensa– considero que debe ser aplicada la jurisprudencia de la Corte, citada en el punto I del trabajo, según la cual los jueces “no están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes ni analizar los argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (301:970 y 311:1191)”.

Como dije, los esfuerzos deberían ser puestos allí donde realmente exista controversia, pero dado que ese debate tiene un objeto concreto, lo que se discuta debe ser determinante para la solución del caso. De ahí que, dependiendo de la vía argumental seguida por el juez, el tratamiento de ciertas temáticas devengan abstractas. Resulta innecesario, por ejemplo, que el juez brinde su opinión acerca de si el error sobre los elementos normativos del tipo debe ser tratado según las reglas del error de tipo o el error de prohibición, si, cualquiera fuese su opinión, considera que se trata de un error inevitable, pues, por cualquiera de las dos vías, tal circunstancia determina la no punición de la persona imputada.

Debe aclararse, no obstante, que dar respuesta no es igual a decir, más o menos, “a mí me parece que no es así”, sino que eso debe ser respaldado por argumentos (de lo contrario, no serán otra cosa que esas afirmaciones “dogmáticas” de las que habla la Corte). Para hacerlo, queda claro que no bastará con un “porque lo digo yo”. El que argumentemos implica tomar las opiniones de los otros en serio, “...significa aceptar que el problema de que se trata (el problema que hace surgir la argumentación) ha de resolverse mediante razones que se hacen presentes por medio del lenguaje: oral o escrito. Argumentar supone, pues, renunciar al uso de la fuerza física o de la coacción psicológica como medio de resolución de conflictos...”²⁸. Y que hay razones que “vencen” a otras. En definitiva, lo mismo que se exige a las partes cuando recurren una decisión, es decir, que presenten una “crítica concreta y razonada” de la opinión del tribunal (Fallos: 330:2639), rebatiendo “todos y cada uno de los fundamentos en que se apoya el juez para arribar a las conclusiones que lo agravan, a cuyo efecto no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia” (Fallos: 331:563), lo mismo, digo, es exigible a los jueces con relación a los argumentos conducentes de las partes.

Todo esto pone en evidencia que para cumplir con la “motivación” de una decisión judicial (con el sentido que se le ha dado en el texto), no constituye un requisito ineludible el que el juez reproduzca la “justificación” de la decisión.

²⁸ ATIENZA (2007:257).

Asimismo, se demuestra que en ocasiones la “motivación” de la resolución excede la “justificación” de su contenido dado que, estrictamente, hacer expresa la justificación interna y externa de la resolución no exige demostrar también porqué no es correcta o adecuada otra decisión (por ejemplo, la propuesta por una parte), al menos no necesariamente²⁹. Vemos entonces por qué el dar cuenta completamente de la “justificación” de una resolución no constituye una condición necesaria ni suficiente para que la decisión se encuentre “motivada”: ni todas las premisas de la “justificación” deben ser expresadas y no siempre ellas serán suficientes para cumplir con los fundamentos por los cuales se exige la “motivación” de las resoluciones judiciales.

VII.- Los peligros que esconde la tensión que existe detrás de una “motivación”.

En el punto IV sugerí que la clave de la pregunta por la “motivación” de las resoluciones judiciales pasaba por lograr un equilibrio entre las posturas más extremas de, o bien volcar en aquella todos los razonamientos que constituyen su “justificación”, o bien no volcar ninguno, y que ese punto intermedio podría ser buscado a partir de los fundamentos que pueden brindarse a la exigencia misma de la “motivación” (punto I).

El que no sea necesario que todas y cada una de las premisas de la “justificación” estén explicitadas en una resolución nos permite decir que en ese contexto predominan los *razonamientos entimemáticos*, es decir, razonamientos que no explicitan todas las premisas que los sustentan³⁰. Pero esto no sólo se refiere al

²⁹ Confr. ACCATINO SCAGLIOTTI (2005), donde este aspecto formaría parte ya de la “justificación” de la decisión. La publicidad de las razones judiciales constituiría una condición del ejercicio legítimo del poder del juez y “...La responsabilidad de justificar públicamente...no se satisface, ciertamente, a través de la enunciación de cualquier conjunto de argumentos. Las funciones de la motivación sólo se satisfacen a través de una argumentación que dé cuenta de modo completo de la justificabilidad de la decisión judicial. Ella debería comprender la consideración del conjunto de argumentos jurídicos relevantes a la luz del caso y la enunciación de los criterios de valoración conforme a los cuales se pondera si fuerza, así como satisfacer las condiciones de racionalidad lógica, substancial y discursiva...” (pag. 291). En lo que al último aspecto se refiere, “...desde el punto de vista de la racionalidad discursiva, no es suficiente que la decisión sea justificable linealmente a partir de un conjunto coherente de argumentos, sino que se requiere también su justificabilidad en diálogo con las perspectivas de las partes y, eventualmente, con las perspectivas del resto de la comunidad jurídica...” (pag. 287. Véase también pag. 273 y nota 460). Asimismo, acerca de que la “motivación” de las conclusiones probatorias se estructure en forma dialógica, ACCATINO SCAGLIOTTI (2006:14).

³⁰ ver PÉREZ BARBERÁ/BOUVIER (2004:539/540 y 542): “...Un resolución judicial se encuentra plagada de enunciadas sobre los hechos en los cuales –por razones de economía– no se expresan las premisas implícitas que los fundamentan o justifican. Pero...del hecho de que un enunciado no exprese las premisas en que se basa no se sigue el hecho de que no las posea (esto es precisamente un entimema)...” (pag. 542). También, ATRIA (1999:102, nota 19): “...el hecho de que una premisa sea <<trivialmente obvia>> no significa que no sea requerida por la validez formal de la inferencia, aunque puede justificar al tribunal en no mencionarla...”. Asimismo, GARCÍA FIGUEROA (2005:166/168): “...muchas veces el hecho de que de las premisas explícitas de un razonamiento no se siga lógicamente una solución, no implica que el razonamiento lógico-deductivo no funcione. Solamente significa que no todas las premisas se hallan explícitamente recogidas en la fundamentación de la sentencia. Dicho de otra forma, que el razonamiento jurídico sea entimemático no significa que no pueda ser lógico-deductivo...el carácter no expreso por obvio (esto es, entimemático) de una premisa no invalida el carácter lógico-deductivo de un

hecho de que ciertos temas pueden no ser objeto de la “motivación”, sin que ello afecte la validez del acto. Es cierto que el “marco negativo” de motivación brindado por las “directivas generales de motivación” (punto V), así como el “contenido ineludible de la motivación” (punto VI) ya indican qué temas deberían ser objeto de expreso tratamiento en la motivación de una resolución, pero la “justificación” de cómo se decida cada uno de esos puntos, estará compuesta por sub-argumentos formados, a su vez, por distintas premisas (piénsese en el ejemplo de las inferencias probatorias dado en el punto IV y la cantidad de sub-razonamientos en los cuales se pueden desmenuzar las conclusiones fácticas más sencilla). A ese nivel también juegan las directivas generales y lo que he llamado el “contenido ineludible de la motivación”, dado que dentro de cada subtema a tratar en la “motivación”, pueden estar discutidas sólo algunas de las premisas que los componen (para seguir con el ejemplo de las inferencias probatorias, supóngase que una parte no discuta la máxima de la experiencia según la cual “cuando un testigo es consistente en su declaración, generalmente dice la verdad”, sino que pretenda demostrar que, a pesar de ser consistente, en este caso el testigo ha faltado a la verdad). En definitiva, en la parte de la “motivación” correspondiente a cada subtema también podrían utilizarse razonamientos entimemáticos sin que ello signifique necesariamente que la resolución sea inválida (por no estar “motivada”).

Los razonamientos entimemáticos son por demás cotidianos y se encuentran presentes en nuestra forma de argumentar cualquiera sea el ámbito y el tema a debatir. Hacerlo permite mantener la atención de quienes nos escuchan y que concentremos nuestras fuerzas en aquello en lo que no exista acuerdo. Pero es importante destacar que ello no quiere decir que detrás un razonamiento de tal tipo siempre se encuentre una deducción inválida o una inducción incorrecta. Que lo haya resulta contingente, es decir, puede haberla como no. Como sostiene Irving M. COPI,

“...Dos pasos son necesarios para determinar si un entimema es o no válido. El primero es agregar las partes del razonamiento que faltan; el segundo es someter a un test de validez el silogismo resultante. Si falta una de las premisas, puede ocurrir que solamente la adición de una proposición poco plausible haga el razonamiento válido, mientras que cualquier proposición plausible lo tornaría carente de validez. Señalar esto equivale a hacer una crítica legítima de un razonamiento entimemático. Por supuesto que una crítica aún más aplastante sería mostrar que *ninguna* premisa adicional, por poco plausible que fuera, puede convertir el entimema en un silogismo categórico válido...” [COPI (1953:207)].

razonamiento...”. Véase, también, BULYGIN (2007.A:178): “...si bien los razonamientos por analogía, *a fortiori* o *a contrario* no son lógicamente válidos, conducen sin embargo con frecuencia a resultados muy razonables. Se trata muchas veces de argumentos entimemáticos, basados en premisas tácitamente presupuestas. Para poder evaluar estas premisas tácitas es necesario explicitarlas y es precisamente la lógica la que permite descubrir cuáles son esas premisas implícitas, necesarias para convertir el argumento en lógicamente válido, y de esta manera muestra los presupuestos en que se basan tales razonamientos...”. También, BAYÓN (2007:145).

Por lo tanto, no es en si mismo objetable que se utilicen razonamientos entimemáticos en la parte disponible de la “motivación” una resolución judicial, es decir, la que se obtiene luego de aplicar las “directivas generales de motivación” (punto V) y los criterios acerca del “contenido ineludible” (punto VI), en cualquiera de sus planos.

Sin embargo, hay una cuestión espinosa en la utilización de razonamientos entimemáticos en las resoluciones judiciales que aquí debe ser mencionada. Ella reside, no tanto en el hecho que no se expliciten premisas del razonamiento en una resolución (ya vimos que el reproducir la “justificación” de la decisión no es una condición necesaria para que aquélla se encuentre “motivada” -y tampoco es suficiente-), sino en las *motivaciones* que pueden existir detrás de la decisión de hacer explícitas ciertas premisas y otras no³¹. Como dice TAPIA:

“...Los entimemas se usan generalmente por tres razones: por que las premisas son obvias, por que las premisas son dudosas o porque las premisas atienden más al deseo que a la razón, y por ello (en cualquiera de los casos) una parte se suprime...” [TAPIA (2007)].

No todas estas causales pueden admitirse en un razonamiento judicial. No es aceptable que se oculte una premisa en tales supuestos por desconocer cómo fundamentarla o que se lo haga con el fin de evitar poner en evidencia la realización de una arbitrariedad. En cualquiera de esos casos no se estarán respetando las virtudes judiciales que deberíamos exigirles a los jueces (al margen de que aquéllos no deben directamente llevar a cabo arbitrariedades y no tan solo no ponerlas de relieve).

Como criterio general (y como un derivado de la idea de motivación “como reja” de la que hablamos en el punto I), se debe tener presente que mientras menos expliquen los jueces en sus resoluciones, más fácil les será cambiar su criterio frente a otros casos similares, cualquiera fuere el motivo que lo provoque, sin tener que dar cuenta de ello³². No estoy hablando aquí de si los jueces no

³¹ Por supuesto que ocultar premisas de un razonamiento con argumentos como aquellos que sostenían que el tener que dar cuenta de una resolución ponía en duda la autoridad del juez, la cual derivada a su vez del rey y esta, por su parte, de Dios, resulta claro, de ningún modo son aceptables (ver referencias en nota 10) pues, casi está de más aclararlo, se oponen a todos los derechos y garantías mencionados en el punto I y a la filosofía política que los inspiran.

³² A tal punto es así que, mientras menos expliquen los jueces, más difícil será siquiera encontrarse con situaciones como la criticada por Edmundo S. HENDLER en su trabajo *Vertientes actuales de la jurisprudencia penal sobre cheques sin fondos con fecha en blanco*, El Derecho, Tomo 32, 1970, pags. 322/330: “...En conclusión, por lo tanto, en nuestra opinión, la nueva vertiente jurisprudencial que dio motivo a estas reflexiones, no significa otra cosa que una modificación diametral de la opinión de los camaristas, que ellos no se animaron a expresar con plena franqueza y que buscaron justificar acudiendo a razonamientos sólo aparentes pero que nunca podrían explicar las verdaderas motivaciones del cambio. Es, desde luego, comprensible, esta suerte de ‘timidez intelectual’, frente a la indudable fuerza vinculante de todo precedente, tanto más si en él quedó expresada la propia opinión, pero, insistiendo una vez más en recitar a Cossio, recordaremos que: ‘...todo juez siente, en algún momento de su carrera judicial, lo mismo que todo intérprete, la necesidad de ir contra la jurisprudencia, es decir, de sacrificar el orden

debieran nunca cambiar su opinión sobre un tema (esa es otra discusión), sino, en todo caso, de cómo tendrían que hacerlo. Si eso es admitido, los jueces deberían advertir el cambio de postura y explicitar sus razones³³.

Jurisprudencialmente se suele hacer hincapié en la no contradicción interna de una resolución como causal de invalidez: si se halla una contradicción, entonces la resolución es inválida. Este es, prácticamente, uno de los pocos supuestos en que se ha declarado nulidades en razón de cómo fue hecha -lo que he llamado- la “motivación” de una resolución y cuando se lo hace, se suelen utilizar frases altisonantes sobre la fundamentación de las resoluciones judiciales y las garantías procesales en juego. Que este supuesto sea prácticamente el único protagonista de las causales de invalidez basado en la motivación de las resoluciones, probablemente se deba a lo difícil que resulta elaborar criterios de motivación de fácil aplicación y generales, es decir, que no estén tan atados al caso concreto. Con relación al resto de las posibles exigencias sobre “motivación” estamos tentados a decir que todo dependerá de qué fue lo que dijo (o escribió) el juez en el caso concreto, las palabras utilizadas y el contexto en el que se emitió la expresión, pero una contradicción es una contradicción y no hay manera de ocultarlo.

Ahora, lo curioso de todo esto es que si los jueces están tan preocupados en que sus razonamientos no sean contradictorios, también deberían estar igualmente dispuestos a explicitar cómo justifican sus resoluciones. Si no se les exige a los jueces que expresen, en un mínimo tolerable, sus razonamientos, entonces no se estará evitando que las contradicciones que puedan existir en sus resoluciones queden ocultas y, lo que es más importante, que aquéllas se mantengan vigentes, dado que en los hechos probablemente esas resoluciones superen un control de validez. Dicho de otro modo: mientras menos hablen los jueces, menos posibilidades de que sus malos argumentos, si los hay, queden en evidencia. De ahí que sea necesario, para que la “motivación” de las resoluciones judiciales pueda servir a los fines de los que hablamos en el punto I, que alcancemos cierto

cierto porque se ha hecho más perentorio otro valor jurídico de acuerdo al pulso vital del caso...’ [Carlos Cossio, *El Derecho en el Derecho Judicial*, pag. 253]...” (pag. 330).

³³ Por supuesto que el modo en el que es presentado un caso puede ser manipulado, de modo tal que pretenda mostrárselos como casos distintos y, por lo tanto, como si no se tratara de un cambio de criterio por parte del juez. Todo depende del grado de concreción o abstracción con el que se lo describa [ver NINO (1980:292 y ss.)]. Pero los casos individuales son resueltos en tanto instancias de casos generales, de “clase de casos”, p.ej, “los homicidios”, los “hurtos”, “los actos nulos”. Para conformar las categorías generales, tomamos ciertas características definitorias de cada clase (el quitar la vida a otro en el caso del homicidio) y eso nos permite identificar qué aspectos de los casos individuales (esos que ocurren en un espacio y en un tiempo, con individuos de carne y hueso, nombre y apellido) son importantes y cuales no (por, ejemplo, el nombre de pila de la víctima no es un dato relevante para poder decir que un supuesto en el cual “Juan mató a Pedro”, es un homicidio, pues lo será ya sea que la víctima se llame Pedro, Aparicio, Braulio o Beltrán. Podemos decir, entonces, que en las “clases de casos” quedan agrupados sucesos particulares que son iguales “en lo relevante” [Conf. ROLDÁN (2010:punto III)]. Por lo tanto, si casos individuales que son iguales en “lo relevante” (esto, por supuesto, presupone la existencia de algún código o parámetro para establecerlo, pero no viene al caso hablar aquí de eso, presuponga el lector el que más le guste) pretenden ser mostrados como distintos, recae sobre el que hace la afirmación la carga de demostrarlo.

consenso sobre cuándo una premisa pueda ser omitida (por ejemplo, cuando constituya una obviedad o una trivialidad de modo tal que, al poder dársele por presupuesta, no haya necesidad de que sea enunciada) y cuando no.

Del mismo modo, otro criterio general que debería exigírseles a los jueces (esta vez como derivado de la publicidad de los actos de gobierno y, unido a ello, al fomento del debate democrático -punto I-) es el de que actúen abiertamente. Por ejemplo, si el juez considera que determinada norma es inconstitucional, así debe manifestarlo expresamente y no sencillamente no aplicarla sin poner de manifiesto lo que de hecho está haciendo. También, como antes dije, debería hacer explícito un cambio de postura acerca de cómo deben resolverse cierta clase de casos cuando el criterio anterior no le parezca ya aceptable. Un juez no debiera actuar solapadamente por miedo a ser criticado o por no querer aceptar las consecuencias que puedan generar sus propias ideas (ya sea que esto se limite al caso concreto resuelto o bien porque se tema que el criterio utilizado se generalice y esto, por el motivo que sea, no aparezca ante sus ojos como algo aceptable). Actitudes como esa hacen honor a refranes o dichos como “en boca cerrada no entran moscas” o “las palabras son caras, el silencio gratis”, refranes o dichos que, además está decir, en boca de un juez no parecen conciliarse con las virtudes judiciales esperables de quienes ejercen tales roles³⁴. Como afirma Manuel ATIENZA,

“...el buen juez (por eso es tan difícil serlo) no es únicamente el que conoce el Derecho positivo y lo aplica sin incurrir en desviación de ningún tipo (no prevarica, no incurre en causa de recusación, no comete faltas disciplinarias), sino el que, además de todo eso, ha desarrollado ciertos rasgos de carácter a los que bien puede llamarse <<virtudes judiciales>>. La prudencia, la valentía, la autorestricción (la modestia), la discreción, la capacidad para aproximarse de manera empática al problema que ha de juzgar...son cualidades sin las que no se puede ser un buen juez. Aunque no se incurra en ninguna causa de recusación.”³⁵.

³⁴ Al parecer, esto no es un invento propio de nuestro tiempo. Véase ACCATINO SCAGLIOTTI (2003): “...La respuesta que los juristas dieron a la pregunta por su necesidad jurídica [se alude a la fundamentación de la *q̄aestio iuris*] fue, sin embargo, a contar del siglo XII y hasta el final del antiguo régimen, predominantemente negativa. Formada a partir de los comentarios de los canonistas a los decretos relativos al procedimiento romano-canónico reunidos por el Papa Gregorio IX bajo el título *De sententia et re iudicata*, la *communis opinio* consideraba que la motivación de las sentencias no resultaba ni generalmente obligatoria ni excluida por el *ius commune*, **pero advertía al juez la conveniencia del silencio, atendiendo al riesgo que suponía la expresión de las causas de la decisión para la autoridad de la sentencia, que quedaba entonces expuesta a la impugnación por fundarse en causa falsa o errónea**. Se trataba de un riesgo que no parecía valer la pena correr, pues ya en una decretal de 1199 Inocencio III había sostenido la legitimidad de la sentencia inmotivada *propter auctoritatem iudicariam* praesumi debet: la sentencia gozaba de una *praesumptio iuris* de validez, derivada de la *auctoritas iudicaria*. La recomendación usual en cuanto a la forma de las sentencias sugería al juez atenerse estrictamente a las fórmulas sintéticas –del tipo “*visis et auditis rationibus utrisque partis et testibus inspectis, habito sapientum consilio, ...*”– que se limitaban a dar cuenta, antes de la enunciación de la parte dispositiva, que el *ordo iudiciorum* había sido observado.” (el resaltado es del presente).

³⁵ ATIENZA (2003).

VIII. *Ultimas preguntas y final.*

Como consecuencia de independencia conceptual que existe entre la “justificación” de las resoluciones judiciales y su “motivación”, podremos encontrarnos tanto con resoluciones “justificadas” y “motivadas”, como “no justificadas”³⁶ y “no motivadas”, pero también, resoluciones “justificadas” pero “no motivadas” o “no justificadas” pero “motivadas”³⁷.

De contarse con la oportunidad procesal (es decir, dejando a un lado el tema de la cosa juzgada), es claro que las resoluciones “no justificadas” tendrían que ser dejadas sin efecto ya sea se encuentren “motivadas” como “no motivadas”. Por supuesto, las resoluciones “justificadas” y “motivadas” tienen que mantener sus efectos, pero cabe preguntarse si habría motivos para privar de aquéllos a las resoluciones “no motivadas” pero que coincidan con la solución “justificada”.

Desde mi punto de vista la situación es asimilable al conflicto que generan las llamadas prohibiciones probatorias o reglas de exclusión. La incorporación de una prueba al proceso puede haber sido realizada inválidamente, lo que determinará que no pueda ser utilizada por juez, y eso a pesar de que tal vez se trate de la prueba de mayor peso para demostrar que una proposición se ajusta a los hechos (por ej, Juan mató a Pedro). Dependiendo del caso, tal vez la exclusión de ese elemento determine la absolución del imputado a pesar de que

³⁶ Como se dijo (nota 13) las resoluciones judicial pueden ser inclusive definitivas pero no infalibles. Ver, por ejemplo, NINO (1985:35): “...Las condiciones de verdad del enunciado ‘la norma p es válida’ son radicalmente diferentes si se lo interpreta como equivalente a ‘la norma p satisface los requisitos que el sistema establece para su creación’, que si se lo entiende con el sentido de ‘el órgano competente ha determinado que p cumple con los requisitos prescriptos para su creación’. Es evidente que el primero de estos dos enunciados puede ser verdadero y ser falso el segundo, o viceversa; lo cual implica que la determinación que hace un juez respecto de la concordancia de una norma con la superior puede ser incorrecta...”. También, ORUNESU/RODRÍGUEZ/SUCAR (2000:43/44): “...Entre la inconstitucionalidad de una norma y la declaración de su inconstitucionalidad hecha por un órgano del Estado media una relación semejante a la que existe entre la verdad de una proposición y la creencia en su verdad. Se puede creer en la verdad de una proposición falsa y en la falsedad de una proposición verdadera. Análogamente, se puede declarar constitucional una norma inconstitucional así como declarar inconstitucional una norma perfectamente ajustada a la constitución...”. Asimismo, PÉREZ TRIVIÑO (1999:278): “...la distinción entre la validez y la aplicabilidad y su relación con las sentencias con valor de cosa juzgada puede conectarse con la distinción de Hart entre la definitividad de una decisión judicial y su infalibilidad: una decisión con valor de cosa juzgada es definitiva, en el sentido que establece la aplicabilidad de la norma en cuestión al caso concreto, pero no es infalible, en el sentido que puede haberse equivocado al evaluar la validez o invalidez de la norma...”.

³⁷ Ver, BAYÓN (2007:139, nota 3): “...Decir de una decisión que <<está justificada>> puede entenderse en el sentido de que la decisión es correcta o en el que se mostrado que es correcta (i.e., se ha argumentado adecuadamente en virtud de qué ha de considerarse correcta). Obviamente el que una decisión esté justificada (primer sentido) es independiente de que haya sido o no justificada (segundo sentido)...”. Asimismo, véase BULYGIN (2007.A:171 y ss.): “...Bien puede ser que en la práctica los jueces no se limiten a justificar su decisión en el derecho, sino que buscan además persuadir (a las partes o a los jueces superiores) de que la solución es buena y justa. Pero esto nada tiene que ver con la justificación. Una sentencia no justificada, y en este sentido arbitraria, puede ser muy persuasiva y, viceversa, una sentencia bien fundada puede no convencer, sobre todo a la parte perdedora...” (pag. 176/177).

tengamos certeza de que llevó a cabo el delito atribuido; lo sabemos, es cierto, pero a través de un elemento que fue obtenido inválidamente y que, en función de ello, decidimos no hacerlo valer en un juicio. Del mismo modo, una resolución es inválida por más que la conclusión (Juan debe ser condenado como homicida) sea la solución justificada para el caso³⁸.

Cuando cursé mis estudios primarios y secundarios los docentes siempre nos advertían que en las evaluaciones de matemáticas no se admitiría un ejercicio como realizado correctamente si no se escribían los pasos del cálculo que nos permitía llegar al resultado final (no creo que esto haya cambiado con el tiempo). Anotar el resultado final de un ejercicio, omitiendo el desarrollo del cálculo, admitía las más diversas explicaciones, cuando en verdad era uno quien tenía que poder demostrar que sabía resolver el problema. Precisamente era ése el objetivo de la prueba. Y si el resultado final coincidía con el correcto, ello podía deberse al conocimiento, pero también al azar o la trampa. Pienso que todo eso, con sus más y sus menos, es trasladable a las resoluciones judiciales.

No creo que las directivas y las exigencias ineludibles de “motivación” de las que he hablado constituyan un objetivo irrazonable y fuera del alcance de los jueces. Difícilmente se pueda decir que los requisitos de “motivación” no puedan ser fácilmente cumplidos por funcionarios que actúen según su leal saber y entender y que cuenten con el grado de formación y entrenamiento que es esperable de los jueces, mucho más si piensa en la importante y por demás delicada tarea que

³⁸ Dependerá de la concreta regulación de cada ordenamiento jurídico si una declaración de invalidez podrá lograrse mediante un planteo de nulidad y/o un recurso de apelación. Sobre los diferentes mecanismos que los ordenamientos pueden implementar a fin de que los actos que no reúnen los requisitos previstos en las normas que autorizan su dictado (normas facultativas o potestativas) no generen o dejen de generar consecuencias jurídicas (instancia de nulidad, apelación, inadmisibilidad), véase MAIER (1980:137 y ss.). También dependerá de discusiones que exceden el marco a este trabajo la cuestión de si el incumplimiento de todas o algunas de las condiciones de “motivación” de una resolución podrá ser consentido por las partes (o dejado de lado en tanto beneficie algunas de aquellas -por ejemplo, en imputado en causa penal-), o bien subsanado por un tribunal superior, como así también si se requerirá al efecto un planteo de parte o podrá llevarse a cabo de oficio [que una norma sea inválida –o que un acto jurídico lo sea- no determina ineludiblemente que no se aplicable; ello es lo que está detrás de la problemática de las leyes inconstitucionales y las sentencias *contra legem* que Kelsen intentó solucionar con la conocida “cláusula alternativa tácita”. Ver sobre esto los trabajos mencionados en la nota 36. También, MORESO (1993) y (2002: introducción)]. Aquí he tratado un problema previo, precisamente, el cómo deberían ser motivadas las resoluciones judiciales para que aquellas preguntas no entren siquiera en escena. Al margen queda la cuestión de si, ante una resolución “justificada” y a la vez “motivada”, algún “vicio” en el “contexto de descubrimiento” de la resolución (ver nota 8) podría ser tenido en cuenta para dejarla sin efecto -más haya de las repercusiones disciplinarias o penales que la situación pueda generar-. Por ejemplo, que uno de los motivos por los cuales el juez falló con determinado signo (ej., absolución o una condena) haya sido una contraprestación dineraria, o por favores o presiones políticas; o si el juez piensa equivocadamente que no se trata de una decisión “justificada” -es decir, no es sincero en su actuación invocando premisas y sosteniendo conclusiones que no cree válidas-. Seguramente dependerá de si se trata de un “caso fácil” o u “caso difícil”. Piénsese, por ejemplo, en un supuesto no discutible, v.g. un caso en el que la acción se encuentre claramente prescripta. La cuestión también se vincula con el alcance de la llamada “cosa juzgada írrita”. No puedo entrar aquí en mayores detalles.

tienen encomendada. En definitiva, no se trata más que de otra derivación de aquella máxima (generalmente utilizada al discutir sobre la garantía de la imparcialidad del juzgador y supuestos en los que aquella objetivamente se encuentra afectada): “no sólo se debe hacer justicia, además se debe ver que se hace justicia”.

Todos estas, estimo, son más que buenas razones para que se continúe elaborando y refinando criterios de motivación de resoluciones judiciales. No es un camino que se empiece desde cero, por supuesto, sin embargo pienso que la labor ganará claridad y consistencia si se admitiera la distinción que he propuesto entre “justificación” y “motivación”³⁹.

IX.- Excursus: ¿Exigencia constitucional de motivar resoluciones judiciales penales?

Si la exigencia de motivación de las resoluciones tiene además raigambre constitucional es una cuestión que excede a la distinción que se propone en el trabajo entre “motivación” y “justificación”. En el ámbito penal la discusión se vincula a las menciones que en nuestra constitución se hace respecto a la instauración del juicio por jurados y el hecho de que tradicionalmente se ha entendido que los jurados no dan a conocer cómo tomaron la decisión del caso⁴⁰.

MAIER se opone a la categórica afirmación que nuestra doctrina jurídica y jurisprudencia tiende a efectuar acerca de que (las conclusiones fácticas de) las sentencias tengan que ser motivadas, por imposición constitucional. Esto sin perjuicio de reconocer los sólidos fundamentos políticos que la exigencia tiene.

Contra los dos argumentos fundamentales que son utilizados para sostener que se trata de una exigencia constitucional (forma republicana de gobierno y garantía de defensa en juicio), MAIER sostiene que el primero deja de lado que, históricamente, y al menos en lo que respecta a la valoración probatoria, los jurados no dan razones sobre la conclusión a la que arriban; y con relación al segundo (“argumento [que] reside en otorgar la posibilidad al justiciable de

³⁹ Esta forma de encarar la problemática de la motivación de las resoluciones judiciales seguramente resulte fructífera a los fines de clasificar ciertos criterios que la Corte Suprema de hecho ha empleado a la hora de hablar de “sentencias arbitrarias” y, por sobre todo –pero más allá de ello-, evaluar si aquéllos debieran ser defendidos (ahora, si una “sentencia arbitraria” debiera o no habilitar la intervención de la Corte vía recurso de extraordinario, es harina de otro costal). Para un análisis clarificador sobre la noción de “sentencia arbitraria” y su uso por parte de la Corte Suprema, fundamental, CARRIO (1994:282 y ss.). Para un detallado análisis de las ocasiones en las que la Corte Suprema a tachado de arbitraria una sentencia, véase SAGÜÉS (2002: capítulos X y XI, pags. 105 y ss.). Para un análisis comparativo sobre cómo las cortes supremas de nueve países (Alemania, Argentina, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Inglaterra, Italia, Polonia y Suecia) suelen justificar y motivar sus decisiones interpretativas, véase SUMMERS/TARUFFO (1991). Asimismo, valiosos esfuerzos se vienen realizando en lo relativo a la forma de motivar las premisas “fácticas” de los razonamientos judiciales; véase, IBAÑEZ (1992), ACCATINO SCAGLIOTTI (2006) y GASCÓN ABELLÁN (2005:416 y ss.).

⁴⁰ Ver sobre esto MAIER (1996:481 y ss. -§ 6.B.III-).

criticar la sentencia y lograr un nuevo examen), que ello exige reconocer que también a nivel constitucional la posibilidad de impugnar la sentencia logrando un nuevo examen del caso en otra instancia, cosa que esa postura (alude concretamente a la Corte Suprema) no admitía. En todo caso, el derecho del condenado al recurso (incorporado a nivel constitucional con la reforma de 1994) no se refiere, necesariamente, a que el veredicto o la sentencia sean fundados, sino que basta con conceder la posibilidad de demostrar que se trata de una decisión irracional, inmediatamente o a través de un nuevo juicio. De ahí que considere que “...*No sería contraria a nuestra Constitución una ley procesal que, admitiendo el jurado clásico, permitiera resolver las cuestiones de hecho afirmándolas o negándolas, sin exponer públicamente los motivos de la decisión...*” (1996:485).

Por mi parte no creo que el hecho de que la constitución prevea la instauración de juicios por jurados para resolver casos criminales nos obligue a sostener que, por ese motivo, no impone a los tribunales técnicos y permanentes motivar ninguna de sus resoluciones quedando, en todo caso, en manos de las legislaciones imponer tal obligación. Uno podría perfectamente admitir que en tanto y en cuanto no sea un jurado el que está tomando la decisión, sino un funcionario estatal técnico y permanente, él se encuentra constitucionalmente obligado a motivar al menos algunas de sus decisiones. Si esto es así, nuestra constitución no nos pondría en una situación de “motivación” para todos (jueces permanentes – técnicos y jurados) o para nadie. En este sentido, pienso que el derecho de defensa en juicio y la publicidad de los actos de gobierno, como derivado de la forma republicana de gobierno, sí pueden respaldar esta elaboración. En lo que respecta al derecho de defensa en juicio, si no se exigiera motivación no se podría constatar si al resolver el juez fue más allá de lo peticionado o si fueron valorados elementos probatorios incorporados inválidamente al proceso, si no se contestaron los argumentos esgrimidos por la parte o si se resolvió sin respetar una congruencia entre la acusación y sentencia, por ejemplo (ver punto I). Y ello, como se puede ver, es independiente a si el condenado está habilitado a recurrir - y en su caso a cómo lo podría hacer ante una resolución no motivada- y al contenido de la garantía de la doble instancia. Es decir, aunque la decisión fuese irrecurrible, el derecho de defensa en juicio contaría de todos modos como un argumento constitucional a favor de la motivación de las resoluciones judiciales (al menos algunas). La publicidad de los actos de gobierno también sería un argumento en el mismo signo. No veo ningún argumento con el suficiente peso para excluir a los jueces de la exigencia general de publicidad de los actos de gobierno (exigencia que, es dable sostener, tiene un raigambre constitucional) cuando, por ejemplo, dictan acto tan trascendente como una condena penal.

Piénsese qué se diría ante un código procesal que, además de no instaurar el juicio por jurados, no impusiese la motivación de sus resoluciones para ninguno de los jueces que intervenga en un proceso, cualquiera sea la decisión que esté involucrada y cualquiera sea la instancia en la que se intervenga (incluso jueces de apelaciones ordinarias o extraordinarias). Difícilmente un código con tales

características pueda ser defendido como un procedimiento compatible con la forma republicana de gobierno. Ante un juez que falla sin motivar su decisión, no habría forma de descartar que lo haya hecho (de nuevo, por ejemplo, una condena penal) por pura arbitrariedad (y eso con independencia de que se dicte el fallo luego de un procedimiento oral y público, porque en tal caso, lo oral y público sería únicamente el debate, pero no la toma de decisión del juez). La dinámica de un jurado importa al menos un mecanismo de mutuo control de argumentaciones entre sus distintos integrantes, pero en el caso de procedimientos en los cuales las decisiones están a cargo de un juez (que es sistema que impera en la gran mayoría de las provincias del país), si no estuviera obligado a motivar sus resoluciones, no habría ningún tipo de control equivalente. Por lo demás, la del jurado no sería, en todo caso, la única excepción a la exigencia general de publicidad de los actos de gobierno. Los legisladores no están obligados a motivar las leyes que dictan, siquiera cada legislador por separado lo está por sus votos a favor o en contra del dictado de una ley, pero la dinámica propia de las cámaras es en ese aspecto el equivalente funcional a la motivación de las resoluciones judiciales.

Por lo tanto considero que existen buenos argumentos, con base en el derecho de defensa en juicio y la publicidad de los actos de gobierno, para sostener que, cuando se trata de tribunales técnicos y permanentes (que son quienes me interesan en este punto), pesa sobre ellos -en principio- la obligación constitucional de motivar sus resoluciones; al menos cuando se trate de una sentencia penal condenatoria o de la imposición de medidas de coerción dictadas durante el proceso (por el alto costo que aquellas tienen para los involucrados)⁴¹

⁴²

⁴¹ Incluso, esta conclusión no se opone a la citada afirmación de MAIER relativa a la compatibilidad constitucional de una ley que, admitiendo el jurado clásico, le permitiera no exponer públicamente los motivos de la decisión respecto a cuestiones de hecho (1996:485). Al margen, véase SANCINETTI (2001:20, nota 11), donde efectúa "...un pronunciamiento *en contra* de la institución del *jurado*, al menos a la manera tradicional. En el mejor de los casos, el Estado de Derecho sólo puede admitir un jurado que tenga *obligación de fundamentar sus decisiones, de motivarlas...*".

⁴² También sería necesario analizar (lo que aquí no se hará) si el no exigir la motivación de las resoluciones en casos como los planteados, podría superar, además, un examen a la luz del principio de proporcionalidad (en su variante de prohibición de omisión o de acción insuficiente). Esto, teniendo en cuenta que la obligación de motivar constituye una medida que fomenta (dicho esto sin mayores precisiones) la previsibilidad y la igualdad de trato por intermedio de los precedentes, y que actúa a modo de "control de calidad" y de "reja" a fin de evitar arbitrariedades (punto I). Sobre el principio de proporcionalidad, véase CLÉRICO (2009).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, *La Fundamentación de las sentencias: ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna?*, en Rev. derecho (Valdivia) [online]. 2003, vol.15 (Disponible en: <<http://www.scielo.cl>>).
- ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela “La motivación de las sentencias. Genealogía y teoría”, Universidad de Granada, Departamento de Filosofía del Derecho, 2005 (<http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/850/1/15837889.pdf> -visitada 10/01/2010-).
- ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, *La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico*, en Rev. derecho (Valdivia) [online]. 2006, vol.19, nro. 2 (Disponible en: <<http://www.scielo.cl>>).
- AGUILO REGLA, Josep, *De nuevo sobre “independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”*, en “Jueces para la democracia”, N° 46, 2003.
- AGUILÓ REGLA, Josep, *Presunciones, verdad y normas procesales*, en “Isegoría” N° 35, julio-diciembre, 2007.
- ALCHOURRÓN, Carlos E., y BULYGIN, Eugenio, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico* (1989), en Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, “Análisis Lógico y Derecho”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ATIENZA, Manuel, *Virtudes Judiciales*, periódico Información, 09/03/2003, <http://www.ua.es/dossierprensa/2003/03/09/11.html> -visitado el 20/12/2009-).
- ATIENZA, Manuel, “El sentido del Derecho”, Ariel, 3ª edición, Barcelona, 2007.
- ATRIA, Fernando, *Del Derecho y el Razonamiento Jurídico*, en Cuadernos de Filosofía del Derecho DOXA N° 22, 1999.
- BAYÓN, Juan Carlos, *Bulygin y la Justificación de las Decisiones Judiciales: La Parte Sorprendente*, en MORESO, José Juan y REDONDO, María Cistrina (eds.) “Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin”, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- BEADE, Gustavo Alberto y ROLDÁN, Santiago, *Lenguaje y Principio de Legalidad Penal*, incluido en la publicación del Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “Premio formación judicial 2007: lenguaje y justicia”, Eudeba, Buenos Aires, 2008.
- BOBBIO, Norberto, *“El problema del positivismo jurídico”* (Traducción de Ernesto Garzón Valdéz. Revisión técnica a cargo del traductor y de Genaro R. Carrió), Eudeba, Buenos aires, 1965.

- BOBBIO, Norberto, “Igualdad y libertad” (traducción de Pedro Aragón Rincón), Paidós, Barcelona, 1993.

- BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian, *Por una dogmática conscientemente política*, en “Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho”, Christian COURTIS (comp.), Eudeba, Buenos Aires, 2001.

- BULYGIN, Eugenio, *Sentencia judicial y creación de derecho*, “La Ley”, Tomo 124 (1964).

- BULYGIN, Eugenio, *El concepto de eficacia*, en Hans Kelsen, Eugenio Bulygin y Roberto Walter, “Validez y eficacia del derecho”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005 -el texto fue publicado originalmente, bajo el título “Der Begriff der Wirksamkeit”, en ARSP, 1965, Beiheft 41, Neue Folge 4, p. 39 a 58 (traducción de E. Bulygin)-

- BULYGIN, Eugenio, *Manuel Atienza: Análisis conceptual versus teoría de la argumentación jurídica*, en MORESO, José Juan y REDONDO, María Cristina (eds.) “Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin”, Marcial Pons, Madrid, 2007. (2007.A)

- BULYGIN, Eugenio, *Juan Carlos Bayón y la Parte Sorprendente*, en MORESO, José Juan y REDONDO, María Cristina (eds.) “Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin”, Marcial Pons, Madrid, 2007. (2007.B).

- CARRIO, Genaro R., “Notas sobre derecho y lenguaje”, 4ª edición corregida y aumentada, 1ª reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (1ª ed. 1965), 1994.

- CLÉRICO, Laura, “El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional”, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

- COMESAÑA, Juan Manuel, “Lógica Informal. Falacias y Argumentos Filosóficos”, 2da. edición, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

- COPI, Irving M., “Introducción a la lógica” (1953), (traducción de Néstor Míguez), novena edición, Eudeba, 1970.

- FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal” (1989), Editorial Trotta, Madrid, 1995 (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés).

- GARGARELLA, Roberto, *Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo “Reyes Aguilera”*, en “Jurisprudencia Argentina”, 2007-IV.

- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J., “La argumentación en el derecho”, 2da. Edición corregida, Palestra, Lima 2005.

- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)* en “Jueces para la democracia”, N° 47, 2003.
- GUIBOURG, Ricardo A, “Provocaciones en torno del derecho”, Eudeba, Buenos Aires, 2002.
- HART, Herbert L. A., “El Concepto de Derecho” (traducción de Genaro R. Carrió de *The Concept of Law -1961-*), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963 (reimpresión 1998).
- HOSPERS, John, “*Introducción al Análisis Filosófico*”, Tomo I, Macchi, Buenos Aires, 1966 (traducción del original en inglés *An introduction to philosophical analysis*, 9ª edición, Prentice Hall Inc., New York, 1961 a cargo de Néstor Míguez).
- IBAÑEZ, Perfecto Andrés, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en Cuadernos de Filosofía del Derecho DOXA nro. 12 (1992), Alicante.
- MAIER, Julio B., “La función normativa de la Nulidad”, Depalma, Buenos Aires, 1980,
- MAIER, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos”, 2da. Edición (1996), 3era. reimpresión, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- MAIER, Julio B. J., *Forma del auto de procesamiento* (primeros años de la década del sesenta), reproducido en Julio B. J. MAIER “Antología. El proceso penal contemporáneo”, Ed. Palestra, Lima, 2008, por el que se cita.
- MALEN SEÑA, Jorge, *¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?*, en Cuadernos de Filosofía del Derecho DOXA nro. 24 (2001), Alicante.
- MORESO, José Juan, *Sobre normas inconstitucionales*, 1993, reimpreso en J.J. MORESO “Normas jurídicas y estructura del Derecho”, Fontamara, México D.F. -1997-, Primera reimpresión, 2002.
- NAVARRO, Pablo, REDONDO, Cristina y MORESO, Juan J., *Argumentación Jurídica, Lógica y Decisión Judicial*, en Pablo NAVARRO y Cristina REDONDO, “Normas y Actitudes Normativas”, Fontamara, México D.F., 1994.
- NINO, Carlos S., “Introducción al análisis del derecho”, 2ª edición ampliada y revisada (1980), 9ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- NINO, Carlos S., *El concepto de validez de Kelsen aplicado al problema del conflicto de normas de diferentes jerarquías*, en “La validez del derecho” (1985), 1era reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2000.
- NINO, Carlos S., *Derecho, Moral, Política* (conferencia brindada durante el mes de junio de 1992), publicado en Cuadernos de Filosofía del Derecho DOXA, nro. 14, Alicante, 1993 [<http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa>]. También publicada como *Conferencia sobre Derecho Moral y Política y Derecho Moral y Política*, en

Gustavo MAURINO (ed) “Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, Moral y Política I. Metaética, Ética Normativa y Teoría Jurídica”, Buenos Aires, Gedisa, 2007.

- ORTIZ DE URBINA, Iñigo, “La excusa del positivismo. La presunta superación del <<positivismo>> y el <<formalismo>> por la dogmática penal contemporánea”, Civitas, Madrid, 2007.

- ORUNESU, Claudina, RODRÍGUEZ, Jorge L. y SUCAR, Germán, *Inconstitucionalidad y derogación*, en [Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica](#), G. Giappichelli Editore, Torino. (http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2000/rodrigue.pdf).

- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel y BOUVIER, Hernán, *Casación, lógica y valoración de la prueba*, en Nueva Doctrina Penal 2004/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

- PEREZ TRIVIÑO, José Luis, *Validez, Aplicabilidad y Nulidad. Un análisis comparativo de la Teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica*, en Cuadernos de Filosofía del Derecho DOXA nro. 22 (1999), Alicante.

- ROLDÁN, Santiago, *Funcionalismo penal y Positivism jurídico ideológico ¿Una relación necesaria?* en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal/Casación, Años VI/VII - Nos. 6/7 - 2006/2007, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.

- ROLDÁN, Santiago, *Principio de proporcionalidad, igualdad ante la ley y redundancias normativas. La inconstitucionalidad del agravante previsto en el artículo 865, inciso a, del Código Aduanero por la cantidad de intervinientes en el delito de contrabando*, para ser publicado como participación en la obra de autoría colectiva “50 aniversario de la creación de los tribunales nacionales en lo Penal Económico”, Ed. Marcial Pons (2010).

- SAGÜÉS, Néstor P., “Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario”, Tomo II, 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2002.

- SANCINETTI, Marcelo A., “La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación. Diálogos de seminario, a propósito del caso ‘Cabezas’”, Ad. Hoc, Buenos Aires, 2001.

- SUMMERS, Robert S. y TARUFFO, Michele, *Interpretation and Comparative Analysis*, en MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert S. (eds), “Interpreting Statutes: a Comparative Study”, Aldershot, Dartmouth, 1991.

- TAPIA, Alejandro, <http://elarbodelaretorica.blogspot.com/2007/04/el-entimema.html> (consultado el 16/11/09).

- VIRGOLINI, Julio, y SILVESTRONI, Mariano, *Unas sentencias discretas. Sobre la discrecionalidad judicial y Estado de Derecho*, publicado en Revista de Derecho Penal, 2001-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.

- WELZEL, Hans, “Derecho Natural y Positivismo Jurídico” (1953), [traducción de Ernesto Garzón Valdéz, *-Naturrecht und Rechtspositivismus-* (Festschrift für Hans Niedermeyer)]. en Hans Welzel, “Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico”, Universidad de Córdoba, 2ª edición, 1970.

- WRÓBLEWSKI, Jerzy, “Constitución y teoría general de la interpretación jurídica” (1985) (traducción de Arantxa Azurza), primera edición reimpresión, Cívitas, Madrid, 1988.