

SOBRE EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

Una discusión con Manuel Atienza

Manuel Atienza	Pablo E. Navarro
Thomas Bustamante	Álvaro Núñez Vaquero
Bruno Celano	Juan Manuel Pérez Bermejo
Pierluigi Chiassoni	Giorgio Pino
Laura Clérico	Minor E. Salas
Guillermo Lariguet	Pedro Salazar Ugarte
Daniel Mendonca	Lenio Luiz Streck
José Juan Moreso	Rocío Villanueva Flores

Josep Aguiló Regla
Pedro P. Grández Castro
Editores

Palestra Editores
Lima — 2017

SOBRE EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

Una discusión con Manuel Atienza

JOSEP AGUILÓ REGLA | PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO
(Editores)

Primera edición, marzo 2017

© Cada uno de los autores sobre sus artículos

© 2017: PALESTRA EDITORES S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 Lima 21 - Perú

Telf. (511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com

www.palestraeditores.com

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN:

Multigrafick SAC

Cal. S/N, Mz. 54, Lt. 25, AA.HH. Huascar - SJL - Lima

Marzo, 2017

DISEÑO DE PORTADA Y DIAGRAMACIÓN:

Danitzta Hidalgo Velit

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2017-03213

ISBN: 978-612-4218-71-2

Tiraje: 1000 ejemplares

IMPRESO EN EL PERÚ | PRINTED IN PERU

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LA EDITORIAL.

La teoría del razonamiento judicial de Manuel Atienza. Notas al margen*

GIORGIO PINO

En las tres últimas décadas, como es sabido, Manuel Atienza ha producido un corpus impresionante de estudios sobre el razonamiento jurídico y la argumentación jurídica, sea analizando en detalle y discutiendo las posiciones de los más importantes teóricos contemporáneos de la argumentación jurídica (Alexy, MacCormick, Perelman, Toulmin), sea proponiendo una propia y elaborada teoría de la argumentación¹, que tiene entre sus principales elementos distintivos el énfasis en la estructura “a dos niveles” de la argumentación jurídica (el nivel de las reglas y el nivel de los principios) que, a su vez, se refleja sobre las respectivas modalidades aplicativas y argumentativas (en el nivel de las reglas, la argumentación jurídica tiene esencialmente una forma subsuntiva, mientras que en el nivel de los principios tiene esencialmente una forma ponderativa); el reconocimiento en muchísimas circunstancias (en presencia de lagunas normativas y de algunos tipos de lagunas axiológicas) del carácter inevitable del recurso a la ponderación; y, de un modo más general, la muy estrecha integración entre teoría del derecho y teoría de la argumentación, integración llevada hasta el punto de afirmar que, en la teoría (no positivista o antipositivista) de Atienza, el derecho es esencialmente una práctica argumentativa.

* Traducción de Chiara Marinelli. Revisión de la traducción: Félix Morales Luna.

¹ Cuya exposición más reciente se puede leer en ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013; y es útilmente resumida en ATIENZA, Manuel, “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”, en AGUILÓ, Josep, y GRÁNDEZ, Pedro (eds.), *Sobre el Razonamiento Judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, PUCP-Palestra Editores, Lima, 2017.

Antes de analizar en detalle algunas de las ideas y de las propuestas teóricas de Atienza en materia de razonamiento judicial, hago presente que comparto la idea de fondo que impulsa el proyecto de Atienza, esto es, que el derecho tiene una preponderante (aunque no exclusiva) dimensión argumentativa e interpretativa.

Ciertamente, es posible que —formulada en términos suficientemente genéricos, como acabo de hacer— esta tesis sea, a fin de cuentas, banal y, por tanto, susceptible de ser compartida también por quienes, como yo, parten desde presupuestos iusfilosóficos muy distintos de los de Atienza (me he formado en la tradición iusfilosófica del positivismo analítico y aún me reconozco en dicha tradición de investigación). Sin embargo, es un dato incontrovertible que la importancia de la interpretación y de la argumentación jurídica es claramente percibida también en ambientes iuspositivistas en sentido amplio, como dan testimonio las líneas de investigación desarrolladas por estudiosos iuspositivistas, por ejemplo, en Italia, al menos desde Giovanni Tarello en adelante. Es verdad que algunos importantes positivistas del siglo XX, como Kelsen, Hart y Bobbio, han dedicado relativamente poco espacio a la interpretación y a la argumentación jurídica (aunque sin ignorar, en absoluto, tales aspectos del fenómeno jurídico), pero también es verdad que de aquellos clásicos del positivismo jurídico no separa ya más de medio siglo.

Asimismo, también sobre algunas cuestiones particulares de teoría de la argumentación jurídica, se hace siempre más difícil identificar una clara línea de distinción entre aproximaciones positivistas y aproximaciones antipositivistas. Piénsese, por ejemplo, en la antigua cuestión de la distinción entre reglas y principios, en la que típicamente (desde Dworkin y Alexy, en adelante) se veía a los antipositivistas adoptar alguna versión de la teoría de la distinción fuerte, supuestamente incompatible con el positivismo jurídico; pues bien, ahora es posible encontrarse con autores positivistas que adoptan alguna versión de la distinción fuerte y, por el contrario, con autores antipositivistas (el propio Atienza, por lo demás) que terminan sosteniendo la idea de que la distinción entre reglas y principios es solo gradual². O bien,

² Para una síntesis del debate, ver PINO, Giorgio, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, ETS, Pisa, 2016, cap. 4. En lo referente a la posición de Atienza, que tradicionalmente ha sido considerada una versión de la distinción fuerte entre reglas y principios, ver ahora ATIENZA, Manuel, “Ponderación y sentido común

considérese la notable afinidad (no obstante algunas diferencias específicas) entre el análisis de la ponderación desarrollado por Atienza y el articulado por José Juan Moreso³.

Si todo esto es cierto, entonces no tiene mucho sentido, a mi juicio, trazar una supuesta contraposición entre teorías positivistas y teorías anti-positivistas con base en la idea de que solo las segundas, y no las primeras, estarían en capacidad de (incluso serían las únicas interesadas en) dar cuenta del lugar de la argumentación en el fenómeno jurídico. Es tan solo un lugar común ya más bien desgastado.

Por mi parte, en esta contribución buscaré articular dos tipos de observaciones. En primer lugar (§1), propondré algunas reflexiones a partir de lo que Atienza afirma a propósito de la distinción entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento. Para ello intentaré sostener que, no obstante algunos forzamientos, la propuesta de Atienza (que consiste en el problematizar y redimensionar la distinción en cuestión) es seguramente compartible y fecunda y, por mi parte, buscaré elaborar esta idea de un modo parcialmente distinto que el de Atienza.

En segundo lugar (§2), pasaré revista a algunas de las ideas de Atienza referidas, de diversos modos, al razonamiento judicial (la ponderación, la distinción entre casos fáciles y casos difíciles, la tesis de la única respuesta correcta). Para ello, intentaré discutir algunas de las definiciones y distinciones específicas propuestas por Atienza, mostrando (al menos, en mis propósitos) algunas incongruencias en ellas.

jurídico”, en <<http://lamiradadepeitho.blogspot.it/2014/11/ponderacion-y-sentido-comun-juridico.html>>, 2014, § 1, en la cual se admite que la distinción en cuestión es solo gradual.

³ Véase ahora una reconstrucción de la misma en MORESO, J. J., “Atienza: dos lecturas de la ponderación”, en AGUILÓ, Josep, y GRÁNDEZ, Pedro (eds.), *Sobre el Razonamiento Judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, PUCP-Palestra Editores, Lima, 2017. Y, además, por poner otro ejemplo, no se ve qué es lo específicamente anti-positivista en la forma en que Atienza trata el problema de la derrotabilidad (o bien, en otros términos, de las lagunas axiológicas) de origen extrajurídico: cfr. ATIENZA, “Ponderación y sentido común jurídico”, Ob. cit., § 2; ATIENZA, Manuel, “Algunas tesis...”, Ob. cit., § 8.

I. CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN Y CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO

En algunos trabajos recientes⁴, Atienza ha criticado la distinción entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento de las decisiones judiciales. Como es sabido, en la teoría contemporánea del razonamiento jurídico, esta distinción, originalmente formulada en el ámbito de la filosofía de la ciencia, pretende captar la diferencia entre los criterios de corrección de una decisión (contexto de justificación) y los factores —psicológicos, sociológicos, ideológicos— que condicionan, de hecho, al decisor al tomar una determinada decisión.

Aun reconociendo que esta distinción es útil para ciertos fines⁵, Atienza se distancia de las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica; por un lado, porque se concentran exclusivamente en el contexto de justificación, ignorando programáticamente todo cuanto concierne al contexto de descubrimiento; y, por otro, porque no recogen las interacciones y superposiciones entre los dos contextos. Según Atienza, “las razones que explican pueden ser también razones que justifican”⁶. En concreto, por un lado, según Atienza, también el proceso de descubrimiento tiene una “lógica” propia que vale la pena analizar y que permite que el juez no llegue a una determinada decisión si no la considera también justificada; y, por otro, puestos en la dimensión *pragmática* (dialéctica o retórica) de la argumentación, una argumentación es “válida” (y, por tanto, justificada) cuando *de hecho* convence —por lo que colapsa la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación—⁷.

⁴ ATIENZA, Manuel, “De nuevo sobre la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en las decisiones judiciales”, *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, pp. 585-595, 2006; ATIENZA 2006b, pp. 99-106; ATIENZA, Manuel, “Algunas tesis...”, Ob. cit., § 2.

⁵ En particular, en mostrar que el componente del silogismo es necesario pero no suficiente en la justificación de las decisiones judiciales, y en recordar a los jueces que deben dar buenas razones en sustento de sus decisiones: ATIENZA, Manuel, “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”, 2016, § 2.

⁶ ATIENZA, Manuel, “Algunas tesis...”, Ob. cit., § 2; poco antes Atienza afirma que los elementos de tipo explicativo desarrollan un rol también en la justificación.

⁷ ATIENZA, Manuel, “De nuevo sobre la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación...”, Ob. cit., p. 593; ATIENZA, Manuel, *El Derecho como*

Considero que la propuesta de Atienza de problematizar y relativizar la distinción entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento es interesante y prometedora incluso fuera de la teoría de la argumentación de Atienza⁸. Sin embargo, antes de explicar en qué sentido lo es, me parece oportuno precisar qué cosa *no es* esta distinción (y por qué, entonces, a mi parecer, la propuesta de Atienza resulta algo forzada).

Al respecto, me parece útil recordar que la distinción entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento es —o, en todo caso, es usualmente utilizada como— *un instrumento de análisis de la argumentación jurídica* y, desde este punto de vista, como bien dice el propio Atienza, la distinción tiene sentido esencialmente como cuestión de “perspectiva” o punto de vista⁹: una cosa es estudiar o analizar los factores que, de hecho, pueden haber determinado (o podrían determinar en el futuro) una determinada decisión judicial, y otra cosa es estudiar o analizar las decisiones judiciales desde la perspectiva de su corrección argumentativa. Ahora bien, es cierto que a partir de esta distinción, la teoría contemporánea del razonamiento jurídico se ha concentrado casi exclusivamente en el contexto de justificación, desinteresándose del contexto de descubrimiento —y esto, como diré en breve, es sin duda una lástima—. La razón tradicional de esta preferencia es conocida: el contexto de justificación se vuelve claramente visible por un documento público (la motivación de la sentencia) que, por su propia naturaleza, está destinado a la lectura, al análisis y a la crítica endo y extraprocesal, mientras que para la reconstrucción del contexto de descubrimiento es necesario confiar en investigaciones empírico-sociológicas o en especulaciones psicológicas. Estas últimas son tradicionalmente concebidas

argumentación. Concepciones de la argumentación, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 104-105; ATIENZA, Manuel, “Algunas tesis...”, Ob. cit., § 2.

⁸ Para una crítica, sobre bases principalmente epistemológicas, al uso de la distinción entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento en relación con el análisis del razonamiento jurídico, ver MAZZARESE, Tecla, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Giappichelli, Torino, 1996, cap. 3; y también CELANO, Bruno, “Bilanciamento, psicodeontica. A proposito della teoria della giustificazione giudiziale di M. Atienza”, en AGUILÓ, Josep, y GRÁNDEZ, Pedro (eds.), *Sobre el Razonamiento Judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, PUCP-Palestra Editores, Lima, 2017.

⁹ ATIENZA, Manuel, “De nuevo sobre la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación...”, Ob. cit., p. 586.

no solo como más aleatorias desde el punto de vista epistemológico frente al análisis lógico o argumentativo de un texto escrito, sino también como ajenas a un discurso específicamente jurídico¹⁰.

Estoy de acuerdo, pero ello no significa (y no creo que algún teórico de la argumentación jurídica lo haya sostenido) que quien usa este instrumento de análisis de la argumentación jurídica sostenga también que *el derecho* no se ocupa o no se deba ocupar del contexto de descubrimiento, sino solo del de justificación¹¹. Por el contrario, es evidente que el derecho busca intervenir de diferentes maneras sobre el proceso psicológico y sobre el contexto fáctico en el que se toma la decisión judicial, mediante institutos bien conocidos como la abstención y la recusación del juez, el aislamiento físico y la obligación de reserva del colegiado o del jurado en el trámite de la *camera di consiglio*¹², el traslado del proceso a otra sede cuando se verifiquen hechos que puedan perturbar la serenidad del juicio de la corte, el traslado de los magistrados por incompatibilidad ambiental, el delito de corrupción en

¹⁰ No pretendo sostener que este ámbito de investigaciones y especulaciones (empíricas, sociológicas, psicológicas) lleve necesariamente el examen de las decisiones judiciales a un territorio misterioso e impenetrable (cfr. al respecto CELANO, Bruno, Ob. cit.). Pero es cierto que, respecto a las alternativas actualmente concebibles, la motivación explícita de una decisión judicial colocada en un documento escrito y público, otorga a los destinatarios de las decisiones judiciales (destinatarios en sentido amplio, incluida la opinión pública) un punto de referencia cierto y fácil de conocer, lo que es funcional al reconocimiento de su autonomía y dignidad. Entonces, también poniendo entre paréntesis las consideraciones de tipo epistemológico, la preferencia acordada al contexto de justificación por la teoría del razonamiento jurídico es ampliamente justificada por consideraciones de tipo ético-político (cfr. al respecto CELANO, Bruno, Ob. cit., nota 56).

¹¹ Esto parece sostener ATIENZA, Manuel, “De nuevo sobre la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en las decisiones judiciales”, Ob. cit., pp. 593-594, retomando a AGUILÓ REGLA, Josep, “De nuevo sobre ‘independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica’”, *Jueces para la Democracia*, N° 46, 2003, pp. 47-55, p. 48 (“un lugar común de la teoría estándar de la argumentación jurídica es que el Derecho está interesado en el contexto de justificación de las decisiones y no en el de descubrimiento”; ver también pp. 52, 54).

¹² Procedimiento penal, de carácter excepcional y simplificado, caracterizado por su celeridad y reserva, en cuya audiencia no es necesaria la participación de las partes y se lleva a cabo en ausencia de público (NdT).

actos judiciales, entre otros. Y todo ello no guarda relación con la distinción entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento, entendida como *instrumento de análisis de la argumentación jurídica* (además, porque muchos de estos institutos también actúan antes de que una decisión judicial sea efectivamente tomada).

Además, tampoco encuentro muy convincente la tesis según la cual la imposibilidad de separar el contexto de descubrimiento del de justificación estaría claramente demostrada por institutos como la independencia e imparcialidad de los jueces, que tendrían como objetivo el hacer coincidir el contexto de justificación y el contexto de descubrimiento¹³. A mi parecer, por el contrario, estos institutos demuestran precisamente la bondad de la distinción entre los dos contextos de la decisión judicial, por cuanto una decisión dada por un juez no independiente o no imparcial resultaría viciada, al menos en algunos casos (piénsese en el caso del juez corrupto o del juez que tiene vínculos de parentesco con una de las partes), incluso si la decisión fuese del todo correcta desde el punto de vista de las razones justificativas.

Dicho esto, estoy de acuerdo con Atienza (aun si por razones parcialmente distintas de las suyas¹⁴) en que, en algunos casos, el límite entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación tiende a atenuarse y que, en algunos casos, el análisis del razonamiento judicial implica tanto el contexto de descubrimiento como el contexto de justificación. Seguidamente indicaré tres tipos de consideraciones que, por diversos motivos, considero relevantes sobre este tema.

¹³ ATIENZA, Manuel, “De nuevo sobre la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en las decisiones judiciales”, Ob. cit., pp. 593-594, ATIENZA, Manuel, “Algunas tesis...”, Ob. cit., § 2, que sobre el punto retoma a AGUILÓ REGLA, Josep, Ob. cit.

¹⁴ Recuérdense (*supra*, nota 7 y el texto correspondiente) que según Atienza la precariedad de la distinción entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento depende, por un lado, de la oportunidad de tomar en serio la lógica del descubrimiento, y por el otro lado, del hecho de que en la dimensión pragmática de la argumentación los dos contextos son indistinguibles: una buena argumentación es una argumentación que, de hecho, convence (coinciden razones explicativas y razones justificativas).

1.1. El curso dialéctico de la interpretación

Un primer tipo de consideraciones que llevan a atenuar el límite entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento consiste en lo que, a falta de un mejor término, podríamos denominar “curso dialéctico de la interpretación (o de la argumentación)”.

Se trata de lo siguiente: según una plausible representación, el proceso interpretativo¹⁵ parte desde una hipótesis inicial, es decir, desde una solución posible e intuitiva a un problema interpretativo (“N es el significado de la disposición D”, “del principio P se puede obtener la regla R”, etc.) y, tras examinar distintos argumentos a favor y en contra de la hipótesis de partida (posibilidad de utilizar determinados métodos interpretativos, consenso efectivo o hipotético de la comunidad jurídica sobre una cierta interpretación, razonabilidad de su aplicación al caso concreto, etc.), se detiene cuando el intérprete alcanza una posición de equilibrio, es decir, cuando el intérprete considera haber esclarecido de manera satisfactoria todas las consideraciones relevantes (obviamente, todas las que efectivamente ha logrado representarse o que ha considerado oportuno analizar). En el punto final del proceso interpretativo, aquél donde el intérprete formula la interpretación-producto, el intérprete podrá confirmar la hipótesis inicial que evidentemente ha superado el examen de los argumentos a favor o en contra, o podrá presentar una propuesta interpretativa diferente que el intérprete considera más adecuada a la luz de los factores tomados en consideración durante el proceso interpretativo¹⁶.

Ahora bien, todo esto pertenece evidentemente al ámbito del contexto de descubrimiento. Sin embargo, basta con leer cualquier sentencia mínimamente elaborada para ver que muchas veces este curso dialéctico se refleja también en la motivación explícita de la decisión judicial. En efecto, en la justificación de la premisa normativa mayor del silogismo decisional, el juez muchas veces no se limita a enunciar la interpretación preseleccionada y los argumentos a su favor, sino que explícitamente repasa posibles objeciones

¹⁵ Con las debidas diferencias el discurso puede extenderse también a la *quaestio facti*.

¹⁶ Para una representación en términos análogos del proceso interpretativo, CHIASSONI, Pierluigi, “La defettibilità nel diritto”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, pp. 471-506, p. 485; PINO, Giorgio, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, ETS, Pisa, 2016, pp. 31-35, 137.

y posibles alternativas (lo que, en parte, se debe a la propia estructura trídica del proceso, que hace que el juez deba también tomar en cuenta los argumentos y los contraargumentos presentados por las partes). En estos casos, bastante frecuentes, parece que el límite entre el contexto de justificación y el contexto de descubrimiento se atenúa; que el primero “imita” al segundo.

Ciertamente, también en estos casos, siempre será posible impulsar la investigación sobre el contexto de descubrimiento más en profundidad (hacia las más ocultas razones explicativas, de carácter psicológico o cultural, que se encuentran tras el recorrido argumentativo del juez), y será siempre posible dudar de la sinceridad de las razones justificativas (¿se corresponden en verdad con las razones explicativas?). En suma, en estos casos, el límite entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación se reduce pero no desaparece, y la elección de la profundidad a la cual llevar la investigación de las razones explicativas dependerá de los intereses epistemológicos o prácticos que motivan la propia investigación. (Recuérdese que la diferencia entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento, y diría también entre los distintos niveles posibles del contexto de descubrimiento, es una cuestión de perspectiva¹⁷).

¹⁷ Atienza recuerda (“De nuevo sobre la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en las decisiones judiciales”, p. 589), siguiendo a GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)”, *Jueces para la Democracia*, N° 47, 2003, pp. 35-51, p. 46, que se puede distinguir dos acepciones de contexto de descubrimiento: una acepción débil, que consiste en la mera formulación de una hipótesis (por ejemplo, una hipótesis de solución a un problema interpretativo), incluso por mera intuición, y una acepción fuerte, que consiste en una decisión conciente y razonada de plantear precisamente aquella hipótesis por considerarla bien fundamentada (a esta acepción parece referirse Atienza cuando afirma que “el juez [...] no llega a una decisión si piensa que la misma no está justificada”). Pues bien, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación es neta si se adopta una acepción débil de descubrimiento, en cambio, se difumina si se adopta una acepción fuerte de descubrimiento. Como digo en el texto, la elección entre una acepción o la otra depende de los intereses epistemológicos o prácticos de la investigación.

1.2. La “fuerza civilizadora” del contexto de justificación

Un segundo tipo de consideraciones que llevan a atenuar el límite entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento consiste en una adaptación, en el ámbito del razonamiento jurídico, de lo que Jon Elster ha denominado “la fuerza civilizadora de la hipocresía”¹⁸.

La idea es la siguiente: las decisiones judiciales deben estar motivadas, y en la motivación el juez debe hacer explícitas las razones idóneas para justificar la decisión. Estas razones cuentan como “buenas” razones, como razones “correctas”, solo si pueden ser obtenidas de un modo convincente del derecho positivo, entendido de forma amplia (es decir, como un conjunto compuesto por fuentes, reglas, principios, cánones interpretativos, etc.)¹⁹. La motivación cumple funciones endo y extraprocesales bien conocidas²⁰, que por lo general pueden ser reconducidas a la garantía de las partes en el proceso (dando a la parte vencida y a los jueces de la impugnación un punto de referencia para cuestionar el fundamento de la decisión tomada), y a la *accountability* del poder judicial ante la opinión pública. Pero se puede suponer también que, de hecho, la obligación de motivación produce o puede producir un resultado ulterior, casi subliminal, que consiste en adiestrar al juez para razonar (solo) sobre la base de argumentos jurídicos que pueden ser empleados en una motivación pública. Es decir, la hipótesis es que la formación y la práctica profesional de los jueces puedan incidir también sobre su forma de razonar²¹, y que la obligación de motivar las decisiones judiciales funcione no solo como contexto de justificación sino también como instrumento para regular el contexto de descubrimiento.

Se trata solo de una hipótesis, que personalmente considero muy plausible, pero que no tengo la posibilidad de argumentar aquí de forma mínimamente satisfactoria. Solo me limito a observar que, siendo en definitiva insondable la mente humana, y sin querer resucitar en absoluto las

¹⁸ ELSTER, Jon, *Argomentare e negoziare*, trad. de Anabasi Milano, 1993, cap. 6.

¹⁹ Nuevamente, este discurso se refiere a la *quaestio iuris*, pero con las debidas y obvias diferencias, puede ser extendido también a la *quaestio facti*.

²⁰ Un clásico al respecto es TARUFFO, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975.

²¹ Ello, por lo menos, respecto del contexto de descubrimiento “en sentido fuerte”: ver *supra*, nota 16.

imágenes anticuadas del juez-autómata (sobre esto regresaré en breve, § 1.3), sería en todo caso muy extraño que años y años de formación jurídica y de capacitación y práctica profesional no dejaran, en la forma de razonar del juez, más huella que la posibilidad de usar normas y esquemas de argumentación jurídica únicamente como falsa pantalla y racionalización posterior de una decisión tomada sobre bases totalmente independientes²².

Tres breves precisiones para concluir este punto.

En primer lugar, que la motivación actúe como una mera racionalización posterior de una decisión tomada por razones oportunistas o, en todo caso, inconfesables (simpatías o antipatías personales, afinidad política, adulación a los poderosos, corrupción, mala digestión, lanzamiento de una moneda, visión mística, etc.) es, evidentemente, siempre posible. Pero lo que estoy diciendo es que es muy probable que un razonamiento propiamente *jurídico* represente la modalidad de default también en el contexto de descubrimiento y que, más bien, sería patológico si un juez (a pesar de los años y años de formación y práctica profesional, etc.) no razonase *nunca*, en el contexto de descubrimiento, sobre la base de normas y argumentos jurídicos.

En segundo lugar, nada de lo que estoy diciendo implica que exista una exacta correspondencia entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación (es decir, que la justificación formalmente producida sea idéntica al razonamiento jurídico madurado, de hecho, en la mente del juez). El razonamiento jurídico formalizado en la motivación explícita de la decisión judicial representa ciertamente una versión “presentable” o “en limpio” en relación con el razonamiento jurídico desarrollado de forma sin duda más desordenada, alternada o no lineal, en el contexto de descubrimiento.

En tercer lugar, de considerarse plausible la hipótesis aquí presentada de la posible y tendencial convergencia (o parcial superposición) entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, puede ciertamente tener un notable interés teórico (para un mejor y más completo conocimiento

²² Si la imagen del juez que emerge del texto puede parecer demasiado edulcorada, intente sustituir la figura del juez con la de un científico o de un médico: si no es plausible pensar que un médico no *razone* sobre la base de categorías y conceptos médicos, y un científico sobre la base de categorías y conceptos científicos, ¿por qué no debería ser plausible imaginar que un juez *razone* (y no solo motive formalmente sus decisiones) sobre la base de categorías jurídicas?

y reconstrucción del razonamiento judicial) y práctico (desde el punto de vista de la previsibilidad de las decisiones judiciales), pero no afecta la idea fundamental sobre la que se basa la distinción entre los dos contextos. Es decir que, a los fines de la valoración de la corrección del recorrido argumentativo sobre el que se basa la decisión, normalmente²³ cuentan solo las razones explícitamente invocadas en la motivación y queda totalmente en el trasfondo, y usualmente en gran parte en la irrelevancia, el perfil de la sinceridad del decisor respecto de su íntima adhesión a las razones explícitas invocadas en el contexto de justificación²⁴.

1.3. El lugar de las ideologías jurídicas

Un tercer tipo de consideraciones que llevan a atenuar el límite entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento, y que tal vez sea solo una forma distinta de presentar lo dicho en el punto anterior, surge de la observación banal de que el jurista tiene a disposición un arsenal muy rico de instrumentos para justificar sus decisiones. Las podríamos llamar técnicas interpretativas en sentido amplio, teniendo en todo caso presente que esta categoría pretende incluir no solo las técnicas de la interpretación “en sentido estricto” o “textual” (recurso al significado literal, a la intención del legislador, etc.), sino también técnicas ulteriores a veces denominadas “productivas” o “integradoras” (como la analogía, la ponderación, la concretización de los principios, la identificación de los principios implícitos,

²³ Es decir, salvo los casos en los cuales documentos o circunstancias externas al proceso pueden probar la ausencia de imparcialidad por parte del juez (*supra*, nota 12 y texto correspondiente), pero en estos casos ya nos encontramos fuera de la cuestión de la corrección de la argumentación llevada a cabo por el juez.

²⁴ Cfr. MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1978, pp. 14-15: “insincerity is an evident possibility. [...] But insincerity is even more revealing than sincerity”. Que un juez dé una motivación que él mismo considere íntimamente totalmente infundada, no justificada o incluso injusta, es algo quizá improbable pero no inconcebible; mientras que, por el contrario, sería incongruente una motivación *explícitamente* formulada con el siguiente tenor: “aplico la norma N aun si no creo tener alguna razón para aplicarla” (sería un acto lingüístico análogo a “el gato está sobre la alfombra, pero no lo creo”. AUSTIN, John Langshaw, *How to Do Things with Words*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1962, pp. 48-49).

la derrotabilidad...) que no consisten simplemente en la atribución de un significado a un texto jurídico.

Ahora bien, como es sabido, las técnicas interpretativas normalmente admitidas en una cultura jurídica son múltiples. Además, *cada una* de estas técnicas puede ser usada de un modo distinto (piénsese en los diferentes posibles significados de “significado literal” o de “intención del legislador”). Y, finalmente, un mismo problema interpretativo puede encontrar respuestas distintas según la técnica interpretativa utilizada (o del modo en que se usa una misma técnica interpretativa)²⁵. Todo ello hace necesario para el jurista, o por lo menos para el jurista metodológicamente “consciente”²⁶, dotarse de un esquema de organización, en tanto que genérico y derrotable, de las técnicas interpretativas disponibles. Un esquema que, en el tratamiento de la *quaestio iuris*, le indique (reitero: también de un modo genérico y revisable) a qué técnicas interpretativas recurrir, de qué modo (por ejemplo: ¿la intención del legislador debe ser entendida en sentido histórico y psicológico, es decir “subjetivo”, o en sentido “objetivo”?), con qué orden de prioridad (por ejemplo, recurrir a la interpretación sistemática solo cuando el significado literal es incierto), qué técnica preferir en caso de que distintas técnicas disponibles den resultados contradictorios, cómo “vincular”, jerarquizar y hacer interactuar los distintos materiales normativos como la constitución, las leyes, las fuentes sublegislativas, las fuentes extranjeras, los precedentes jurisprudenciales, las opiniones doctrinales, etc.

Propongo denominar a este esquema de trabajo del jurista “ideología jurídica” o “ideología de las fuentes”²⁷. Al respecto, la elección del término “ideología” no busca reenviar a acepciones despectivas como aquella marxista de falsa conciencia o de manipulación propagandística; más bien, busca

²⁵ Todo ello, obviamente, es perfectamente sabido por Atienza: cfr. Atienza 2016, § 7.

²⁶ Como ya se ha señalado, no se puede excluir la posibilidad de que el jurista tome decisiones de forma metodológicamente inconsciente e irreflexiva, pero sería definitivamente patológico el caso de un jurista que no se plantee *nunca* el problema de cuáles técnicas interpretativas usar, de cómo usarlas, y con qué orden de preferencia.

²⁷ Para una mayor articulación de esta noción, y para referencias a nociones análogas que circulan en la literatura filosófico-jurídica, véase PINO, Giorgio, “L’applicabilità delle norme giuridiche”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, N° 11, 2011, pp. 797-871, pp. 842 y ss.; Id., *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Ob. cit., pp. 154 y ss.

transmitir de una manera totalmente neutra la idea de que la elección y el uso por parte del jurista de un determinado esquema de trabajo antes que otro tiene un carácter decididamente ético-político. Se refiere, en efecto, a la forma en que el jurista, especialmente si es “práctico” (el juez), concibe su propio trabajo en —y su propia posición respecto a— el derecho positivo²⁸.

²⁸ Es oportuno introducir aquí una precisión respecto del modo de expresarse de Atienza, que no sabría decir si se debe simplemente a preferencias lingüísticas o a razones conceptuales más profundas. En efecto, Atienza afirma que la elección y el uso de los cánones interpretativos “nos lleva a remontarnos a alguna teoría de la interpretación”; por tanto, una teoría de la interpretación “no puede ser simplemente descriptiva e instrumental. Tiene que tener también un componente normativo, tiene que servir como guía para la práctica y eso sólo puede lograrse si se parte de alguna concepción del Derecho que incorpore elementos de filosofía moral y política” (Atienza 2016, § 7). Y bien, si aquí Atienza entiende por “teoría de la interpretación” más o menos la misma entidad que yo llamo “ideología jurídica”, entonces nos encontramos de acuerdo en la sustancia (como escribo claramente en el texto, la adhesión a una ideología jurídica se funda en consideraciones ético-políticas), incluso si, desde un punto de vista terminológico, me parece desafortunado denominar “teoría” a esta entidad, término que normalmente se usa para referirse a tareas cognoscitivas (tal vez, no por casualidad, también Ronald Dworkin usa la expresión “*theory of legislation*” para referirse a algo muy similar a aquello de lo que estamos hablando aquí: cfr. por ejemplo DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1986, p. 18). Si, en cambio, Atienza quiere decir que no es posible elaborar una teoría puramente cognoscitiva de la interpretación jurídica que, por ejemplo, reconstruya “desde el punto de vista externo” qué se entiende por interpretación jurídica y cómo se la practica en un determinado contexto cultural, sin de ese modo adoptar también una posición ético-política con respecto a un determinado derecho positivo y con respecto a ciertos estilos de interpretación, entonces encuentra la tesis mucho más difícil de sostener, y tal vez también de entender. Y creo que mi escepticismo sobre este punto puede sobrevivir ya sea a la tesis propuesta por la epistemología constructivista acerca del carácter valorativo de cada tarea cognoscitiva (VILLA, Vittorio, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999), ya sea a la tesis del carácter inevitablemente performativo de la teoría del derecho (FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1: Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 32-38; Id., “La teoria del diritto: l’oggetto, il metodo, la funzione”, *Rivista di filosofia del diritto*, N° 2, 2012, pp. 229-252, p. 244). Para algunas breves observaciones sobre este punto, PINO, Giorgio, “Costituzione, positivismo giuridico, democrazia. Analisi critica di tre pilastri della filosofia del

Para evitar equivocaciones, es oportuno subrayar desde ya que la ideología jurídica no debe ser entendida como un algoritmo o, en todo caso, como un conjunto de criterios fijos y precisos que el jurista aplicará axiomáticamente en el tratamiento de cada *quaestio iuris* que se le presente. Como ya he indicado, los criterios que componen la ideología jurídica, así como su orden, pueden ser genéricos y revisables, y pueden también legitimar distintas respuestas a un mismo problema interpretativo o aplicativo. Además, es del todo posible que el jurista no llegue a la decisión simplemente poniendo en práctica un método sino más bien haciendo interactuar, en una suerte de círculo hermenéutico, el resultado que le parece justo con los métodos interpretativos que considere apropiados, seleccionando y afinando recíprocamente el uno a la luz de los otros²⁹.

Ahora bien, la noción de ideología jurídica, que considero sin ambages una noción central para la comprensión y la explicación del trabajo del jurista, es transversal al contexto de descubrimiento y al contexto de justificación, y puede ofrecer tanto razones explicativas como razones justificativas. Si se observa que el juez ha tomado una determinada decisión “porque” se adhiere a una determinada ideología jurídica, el “porque” puede hacer referencia sea a las razones explicativas, sea a las razones justificativas. La ideología jurídica puede influir, si no determinar, *sea* la decisión del juez y las razones a favor de ella por el modo como, de hecho, se han articulado en su mente, *sea* el recorrido argumentativo explícitamente formalizado en la motivación de la sentencia. Y reconstruir la ideología jurídica que sirve de trasfondo a una determinada decisión es una operación que puede involucrar tanto el contexto de descubrimiento (el conjunto de factores causales, culturales, etc., que de hecho han condicionado al juez) como el contexto de justificación (la motivación explícita de la sentencia). Recuérdese, nuevamente, que la diferencia entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento es una cuestión de

diritto di Luigi Ferrajoli”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, N° 14, 2014, pp. 57-110, pp. 61-62, nota 2.

²⁹ Insiste sobre este punto DICIOTTI, Enrico, “Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, N° 7, 2007, pp. 9-42, especialmente pp. 33 y ss., que, sin embargo, a diferencia de lo sostenido en el texto, llega a la conclusión de que no existe algo como una ideología jurídica (entendida según la forma aquí propuesta) o, si existe, no es cognoscible.

perspectiva; por tanto, es ciertamente posible que, partiendo desde estas distintas perspectivas de análisis de las decisiones judiciales, algunas veces se termine encontrando las mismas cosas. Así, un mismo tipo de consideraciones (por ejemplo, respetar la letra de la ley para un jurista apasionadamente legalista) se puede considerar como un factor que motiva la decisión desde el punto de vista empírico o como un criterio de corrección de la decisión misma. En consecuencia, la noción de ideología jurídica puede servir al mismo tiempo para explicar las decisiones judiciales y eventualmente formular hipótesis predictivas con los límites poco antes señalados, o para valorar la corrección del recorrido argumentativo, por ejemplo, para reconstruir la forma específica en la cual han sido utilizadas ciertas técnicas interpretativas, la coherencia de su uso respecto de la ideología jurídica que subyace a la argumentación del juez, para subrayar que un determinado estilo de argumentación remite a una ideología jurídica minoritaria o criticable sobre ciertas bases (v.g. porque es obsoleta, porque se basa en presupuestos claramente falsos, porque es axiológicamente inadecuada en relación con el ordenamiento jurídico de referencia, etc.).

Así, para concluir sobre este punto, para los fines de nuestro discurso, el recurso a la noción de ideología jurídica nuevamente atenúa la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Y, reitero, el punto no es que esta distinción se convierta conceptualmente en una carente de sentido; es, más bien, que una completa comprensión de la decisión judicial pasará inevitablemente, y en algunos casos también imperceptiblemente, de un contexto al otro.

II. ACERCA DE ALGUNOS INSTRUMENTOS DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL DE ATIENZA

En este apartado repasaré y discutiré, breve y desordenadamente, el modo en el que Atienza construye algunos conceptos fundamentales de su teoría del razonamiento judicial —y, en realidad, de cualquier teoría plausible del razonamiento jurídico—. Discutiré, en particular, acerca de lo que Atienza parece sostener a propósito de la ponderación, de la distinción entre casos fáciles y casos difíciles, y de la tesis de la única respuesta correcta³⁰.

³⁰ En la discusión crítica de estos puntos haré referencia de forma casi exclusiva a lo que se puede leer en ATIENZA, Manuel, “Algunas tesis...”, Ob. cit.

2.1. Atienza sobre la ponderación

Comenzando por la ponderación, digo desde ya que no tengo objeciones a la forma en la que Atienza reconstruye la ponderación “en sentido estricto”³¹, entendida como una forma de razonamiento jurídico que, a partir de la constatación de que a un cierto caso son aplicables dos o más principios en conflicto entre sí, llega a la elaboración de una regla que, para la solución del caso, atribuye una prioridad condicionada a uno de los principios relevantes. Hasta aquí, nos encontramos con un fenómeno más bien conocido y —no obstante algunas polémicas filosófico-jurídicas recurrentes— fácilmente reconocible. Y, además, estoy de acuerdo con la idea de que la ponderación entendida en este sentido no sea necesariamente un procedimiento arbitrario o irracional.

Sin embargo, no estoy muy de acuerdo con algunos otros significados y contextos de uso que Atienza asocia al término “ponderación”. Por ejemplo, Atienza llama “ponderación” también a la aplicación de la regla elaborada a consecuencia de la ponderación en sentido estricto; llama además “ponderación” a la operación con la que se llena una laguna normativa; y llama, finalmente, “ponderación” también a las diversas operaciones con las cuales, en abstracto, se puede resolver los distintos tipos de lagunas axiológicas, es decir, los casos de inadecuación de una regla a) respecto a sus razones subyacentes, b) respecto a otras razones relevantes a la luz del ordenamiento jurídico en su conjunto, c) respecto a razones extra-jurídicas³².

Personalmente, considero que este uso de la noción de ponderación, tan amplio y en contextos tan heterogéneos, no favorece a la claridad, y

³¹ ATIENZA, Manuel, “Ponderación y sentido común jurídico”, Ob. cit.; ATIENZA, Manuel, “Algunas tesis...”, Ob. cit., § 8 (aunque Atienza se ha ocupado de la ponderación también en muchos otros trabajos).

³² En el texto preciso “en abstracto”, porque Atienza afirma claramente que mientras en los casos sub a) no se puede recurrir a la ponderación, en los casos sub b) algunas veces se justifica ponderar y a veces no, y finalmente en los casos sub c) no se debería nunca recurrir a la ponderación. Entonces, *en abstracto* todos estos casos se encuentran abiertos a un “tratamiento ponderativo” incluso si, según Atienza, en los casos sub c), y en algunos de aquellos sub b), *no se debería* recurrir a la ponderación.

restablece una imagen confusa de la ponderación que se presta para todo³³. Me limitaré a dos observaciones sobre este punto.

En primer lugar, es verdad que una lógica ponderativa en sentido amplio subyace a muchas operaciones intelectuales realizadas por los juristas (valoración de las pruebas, elección de los argumentos interpretativos, valoración de las consecuencias de una determinada decisión, comparación de las circunstancias agravantes y atenuantes por parte del juez penal, etc.), y obviamente subyace, de un modo más general, a muchas formas de razonamiento práctico. Pero se trata, a mi parecer, de un fenómeno parcialmente distinto respecto a aquello que Atienza llama “ponderación en sentido estricto”. En efecto, en casos como los que he ejemplificado poco antes, la ponderación consiste en razonamientos con una estructura a menudo bastante incierta, que no van mucho más allá de un intuitivo “sopesar las razones en pro y en contra” de una determinada decisión, es decir, razonamientos que consisten en tomar en consideración diversos factores, idóneos para influir de distintas maneras una decisión o *iter* argumentativo, y valorar sus respectivos méritos, ventajas y desventajas o, en todo caso, asignarles un orden de prioridad, muchas veces de manera poco más que intuitiva, y muchas veces en una forma muy poco visible en la motivación explícita de la decisión judicial. Y esto es muy distinto de lo que Atienza tiene en mente cuando habla de la ponderación “en sentido estricto”, que para Atienza es una forma de razonamiento jurídico dotada de una articulación interna propia, de una estructura reconocible que le asegura un grado de racionalidad³⁴. Si todo esto es cierto, entonces sería

³³ Raramente me encuentro de acuerdo con Luigi Ferrajoli sobre el tema de la ponderación (ver por ejemplo mis críticas a Ferrajoli en PINO, Giorgio, “Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos”, *Doxa*, N° 34, 2011, pp. 201-228); pero creo que tiene razón en este caso, cuando dice que en los discursos de algunos juristas y teóricos del derecho la ponderación tiende a asumir las dimensiones de una “burbuja terminológica” (FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, N° 34, 2011, pp. 15-53, p. 45).

³⁴ Véanse en particular ATIENZA, Manuel, “Juridificar la bioética”, en *Claves de razón práctica*, N° 61, 1996; Id., “Ponderación y sentido común jurídico”, Ob. cit., § 2. Por lo demás, a mi parecer, no es posible eliminar un componente intuitivo incluso de la ponderación en sentido estricto.

oportuno esclarecer, a su vez, cuál es el fenómeno de referencia cuando se habla genéricamente de ponderación. Por ejemplo, se podría distinguir (a falta de una terminología más afortunada) entre una ponderación entendida como una técnica argumentativa específica (en la terminología de Atienza, la ponderación “en sentido estricto”), y una ponderación entendida como lógica (es decir como un procedimiento intelectual genérico, que contiene diversas operaciones llevadas a cabo por los juristas)³⁵.

En segundo lugar, es verdad que en muchos de los contextos evocados por Atienza como expresiones de ponderación se encuentra presente una actividad ponderativa. Sin embargo, en muchos de los ejemplos propuestos por Atienza, la ponderación (en sentido estricto) opera solo como un elemento específico de un razonamiento más complejo y en gran parte claramente distinguible de la ponderación misma, con la consecuencia de que Atienza parece confundir, al menos en el plano terminológico, la parte con el todo. Esto es particularmente claro en el caso de la aplicación de una regla identificada como consecuencia de una ponderación: actividad, ésta, que en realidad es una pura y simple subsunción, y no se ve cuál sea la ganancia en llamarla ponderación por el solo hecho de que la regla aplicada (por subsunción) haya sido previamente elaborada como consecuencia de una ponderación. Consideraciones análogas se pueden hacer también para otros ejemplos indicados por Atienza, en particular en relación con la “corrección” de las lagunas axiológicas: por ejemplo, los casos a) y b) (indicados líneas arriba) de corrección de una laguna axiológica pueden ser, a su vez, considerados como ejemplos de derrotabilidad, de interpretación teleológica o de interpretación adecuada. Reitero, no soy contrario a la idea de que en operaciones de este tipo esté presente algún tipo de ponderación (incluso si muchas veces se tratase solo de una ponderación entendida “como lógica”,

³⁵ Introduzco y desarrollo esta distinción entre “balance como técnica” y “balance como lógica” en PINO, Giorgio, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010, cap. VI; en sentido análogo ver también BARBERIS, Mauro, “Legittima difesa e bilanciamenti”, en BERNARDI, A., PASTORE, B., y PUGIOTTO, A., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 85-104, pp. 86-89, que distingue entre balance en sentido estricto (=balance como técnica) y balance en sentido amplio (=balance como lógica).

no una ponderación en sentido estricto); pero me parece engañoso referirse a estas operaciones como ponderación *tout court*.

Tal vez se trata solo de una cuestión de palabras. Sin embargo, la claridad del lenguaje, además de ser apreciable en sí misma, cumple aquí también una función más importante. En efecto, un uso indiscriminado del concepto de ponderación trae consigo el riesgo de extender a operaciones que muchas veces son poco más (o poco menos) que intuitivas, la patente de racionalidad o, en todo caso, de presentabilidad que, aunque con dificultad, se atribuye a la ponderación en sentido estricto. Dando así, a muchas operaciones judiciales, el crédito de contar con un carácter estructurado, racional, que no se parece corresponder con la realidad.

2.2. Atienza sobre los casos fáciles, casos difíciles, y única respuesta correcta

Atienza distingue entre casos fáciles y casos difíciles del siguiente modo³⁶: los casos fáciles son los casos que todos los juristas, o la mayor parte de ellos, resolverían del mismo modo; son casos que no presentan dudas, ni sobre la *quaestio facti* ni sobre la *quaestio iuris*, y por tanto la justificación de la decisión se limita a una deducción de la conclusión de las (pacíficas) premisas. Los casos difíciles son los casos en los cuales las premisas (normativas o fácticas) del silogismo judicial presentan dudas de distinto tipo, lo que crea desacuerdos entre los juristas sobre la solución a adoptarse; en estos casos, la solución exigirá recurrir a razonamientos de diversos tipos (distintos de la simple deducción) para justificar las premisas adoptadas, en definitiva, para la decisión.

La distinción entre casos fáciles y casos difíciles, según Atienza, no es neta: sea porque puede presentarse casos de penumbra en los cuales no es claro si estamos en presencia de un caso claro o de un caso difícil, sea porque es una distinción contextual: un caso claro puede volverse difícil con el cambio de ciertos factores sociales, económicos, tecnológicos, etc.

Además, según Atienza, la distinción entre casos fáciles y casos difíciles no es siquiera exhaustiva, porque es necesario integrar el cuadro con otros dos tipos de casos: los casos “intermedios” y los casos “trágicos”. Los casos

³⁶ ATIENZA, Manuel, “Algunas tesis...”, Ob. cit., § 3.

intermedios son casos que a primera vista no son (o no parecen) fáciles y, por tanto, exigen una fase de estudio o de reflexión más o menos ardua pero que, una vez agotada, admiten efectivamente una solución unánime o mayoritaria. Los casos trágicos son los casos en los cuales no existe ninguna solución correcta, en el sentido que cualquier solución del caso es insatisfactoria.

Finalmente, según Atienza, casi siempre (es decir, con excepción de los casos trágicos) un caso judicial admite una única respuesta correcta. Esto porque los casos judiciales plantean al juez un problema de tipo binario (culpable/inocente, válido/inválido, etc.), y casi siempre una de las dos respuestas posibles es superior y preferible respecto de la otra. Las razones a favor de esta serán superiores a las razones a favor de la otra, y aquella será la respuesta (la única respuesta) correcta³⁷.

Ahora bien, en este cuadro —que espero haber reconstruido correctamente— me parece que no todo encaja. Por ejemplo, la noción de caso intermedio³⁸ parece, en realidad, algo inútil; un caso intermedio, según la definición de Atienza, no parece sino un caso inicialmente difícil (es decir, un caso sobre cuya solución no existe acuerdo entre los juristas), pero que con el tiempo se vuelve fácil, tal vez en virtud del principio de autoridad (por ejemplo, ha sido decidido por una corte superior). Así, visto diacrónicamente, un caso intermedio es simplemente un caso difícil en el momento T_1 , y un caso fácil en el momento sucesivo T_2 . No parece, entonces, una noción autónoma respecto a las nociones de caso fácil y caso difícil, sobre todo si se tiene presente que según Atienza (y yo estoy de acuerdo) la distinción entre casos fáciles y casos difíciles es una distinción contextual.

En cuanto a la noción de única respuesta correcta (para los casos difíciles), se puede notar ante todo que Atienza parece cambiar un poco los términos en los cuales esta cuestión es a menudo discutida en la teoría del derecho o, por lo menos, en la teoría de la interpretación. En estos contextos, en efecto, si no me equivoco, el problema de la única respuesta correcta es usualmente entendida como respuesta a un problema interpretativo, a una *quaestio iuris*; es decir, se trata del problema de si existe o no una (única) interpretación verdadera, si es posible valorar la actividad interpretativa en

³⁷ ATIENZA, Manuel, “Algunas tesis...”, Ob. cit., § 9.

³⁸ Que Atienza recoge verosímelmente de BARAK, Aharon, *Judicial Discretion*, Yale University Press, New Haven, 1989.

términos de corrección sobre la base de criterios objetivos, o si, en cambio, es una actividad irremediabilmente decisoria y, en última instancia, subjetiva y hasta irracional. Atienza, como decía, cambia un poco los términos de la cuestión porque la reformula en el sentido de si existe una única respuesta correcta *a los casos judiciales*, lo que evidentemente incluye no solo la *quaestio iuris* sino también la *quaestio facti*. Y aquí, efectivamente, la aproximación “minimalista” de Atienza (para quien, recuerdo, siendo los casos judiciales susceptibles de una respuesta binaria, una de las dos es la solución justa) también podría funcionar, por ejemplo, porque un juez podría considerar que también ante una duda interpretativa, o a lo mejor precisamente *a causa* de la duda interpretativa, la solución justa sea absolver al imputado (y esto vale con mayor razón, al menos en los procesos penales, para las dudas sobre las premisas fácticas: *in dubio pro reo*). Por lo tanto, Atienza tiene parcialmente³⁹ razón al sostener que los casos judiciales pueden fácilmente tener una respuesta correcta (en el sentido de: mejor que la respuesta alternativa), pero al costo de evitar tomar posición sobre los aspectos más espinosos y filosóficamente más interesantes del debate sobre el cognitivismo y sobre el escepticismo interpretativo.

Concluyo este punto con dos complicaciones que, en mi opinión, no parecen estar adecuadamente consideradas en el cuadro elaborado por Atienza.

Ante todo, parece un poco simplista la idea de Atienza según la cual el juez se encuentra casi siempre ante de una cuestión de tipo binario (culpable/inocente, válido/inválido...). Es cierto que esto parece el modo normal de presentación de los casos judiciales, pero muchas veces la decisión de un caso judicial (como lo entiende Atienza) plantea problemas que no admiten una respuesta binaria, por ejemplo, en este caso, ¿cuál es la pena justa?, ¿cuál es el monto justo del resarcimiento por responsabilidad civil?, ¿qué significado se puede atribuir a esta disposición de la ley para evitar tener que considerarla inconstitucional? En estos casos, y en otros similares que de todos modos no son *per se* casos trágicos, la única respuesta correcta, tal como la entiende Atienza (es decir, la mejor respuesta entre dos), no existe.

³⁹ Aclararé en seguida el sentido de esta calificación.

En segundo lugar, es obvio que para juzgar una respuesta a un caso difícil como mejor que su posible alternativa es necesario un criterio, y este criterio, según Atienza, no puede ser el mero consenso entre juristas (por lo demás, si hubiera consenso no estaríamos más ante un caso difícil, o bien, la tesis de la respuesta correcta convertiría todos los casos difíciles al menos en casos “intermedios”). El criterio, entonces, no puede ser sino algo objetivo, que prescindiera del consenso de la comunidad de los juristas. Según Atienza, hablar de una (única) respuesta correcta es posible porque se puede confiar en un “objetivismo moral mínimo” que, sin embargo, no hace coincidir el derecho con la moral o la justicia⁴⁰. En este punto sería interesante entender mejor en qué consiste este objetivismo moral mínimo, que evidentemente asume un rol fundamental no solo para la cuestión de la única respuesta correcta sino para toda la teoría (no-positivista) del derecho de Atienza. Pero aquí, lamentablemente, no es satisfecha nuestra curiosidad.

⁴⁰ ATIENZA, Manuel, “Algunas tesis...”, Ob. cit., § 9.