

LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JURÍDICAS

JUAN JOSÉ GIL CREMADES,
Zaragoza (España)

La crítica al “silogismo jurídico” o al procedimiento deductivo en la decisión judicial, puesta ésta como prototipo de toda decisión jurídica, por querer ir más allá de sus premisas, corre el riesgo, en varias de sus formulaciones, de perder contacto con la realidad, lo que no deja de ser una contradicción, ya que casi todas las críticas al “deductivismo”, desde la “jurisprudencia de intereses” o la “escuela del derecho libre”, hasta la más reciente bibliografía en torno a la “tópica”, se han considerado a sí mismas, en su dimensión constructiva, como una explicación “realista” del modo jurídico por excelencia de decidir: el judicial. Apoyándose en este punto, se ha querido con frecuencia apalancar todo ese complejo cuerpo cultural constituido por el llamado positivismo jurídico y, dentro de éste, arrumbar su dogma clave de la primacía y exclusividad de la ley general y abstracta. Miradas las cosas sin patetismo —“revolución jurídica” o pretensiones similares—, tales direcciones del pensamiento no suelen tener, paradójicamente, otro horizonte sino el denotado positivismo jurídico, y no pueden entenderse sino en función del marco de referencia ensamblado por dicho positivismo. Para todos aquellos que en la euforia cultural de la Alemania de Weimar¹ quisieron superar el formalismo mediante la apelación a los “valores”, a la “estimativa” o al “vitalismo”, entre los que se cuenta como protagonista el profesor Luis Recaséns Siches, la decisión frente a la discusión, la intuición frente a la subsunción eran opciones políticas o metodológicas tomadas en todo caso dentro del horizonte del positivismo jurídico. Al tono épico de un Montesquieu, quien consideraba al juez como *terrible parmi les hommes*, por lo que era preciso reducirlo a un *être inanimé*, de modo que su poder resultara, tras esa metaforfosis, *invisible et nulle*, podrá contraponerse el prosaísmo de la realidad judicial, aun contando con su proclividad a lo retórico; podrá en fin, oponerse al monopolio de la ley, que hace del juez *la bouche qui prononce les paroles de la loi*,² un monopolio de sen-

¹ Una visión de quien mira hacia atrás sin ira ni añoranza: Helmuth Plessner, “Die Legende von den zwanziger Jahren”, en *Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag*. Tübingen, 1962, 209-223.

² *Esprit de Lois*, xi, cap. vi (ed. de André Masson, en *Oeuvres Complètes*, 1950), pp. 210 y 217, respectivamente.

tido contrario que hará del juez *la bouche qui prononce la loi*. Pero, aun así, no se habrá salido del planteamiento positivista.

Quizá sería mejor partir de que en el consenso jurídico actual pesa toda la tradición de la modernidad, es decir, el intento de pasar de una *iuris prudentia* a una *iuris scientia*. Se acepte o no la ley de progresiva racionalización y burocratización, que Max Weber consideraba como determinante de la evolución del derecho hasta su configuración actual, lo cierto es que el Estado moderno y la mentalidad jurídica consustancial a ese Estado —el positivismo jurídico— no admiten una jurisprudencia oracular, a la romana, que si bien era racional, no se consideraba razonadora, esto es, obligada a manifestar en todo momento su *ratio decidendi*.³ Es desconocer la transformación social, económica y política que se ha producido en el mundo contemporáneo, pretender reinstaurar la primacía del juez en la “creación” del derecho. La jurisprudencia romana no era objeto de una profesión, como lo es hoy, caracterizada además como función pública. Se trataba de una tarea reservada a la nobleza romana, esto es, secuela de la influencia que los nobles ejercían sobre sus respectivas clientelas, a las que aconsejaban en sus asuntos y apoyaban económica y socialmente. No es que, como hoy, el estudio del derecho habilitara para ser sabedor del derecho, *iurisprudens*, sino que el prestigio social respaldaba la actividad del “prudente”. Si a ello se añade la vinculación de los nobles al cargo sacerdotal, al pontificado máximo, tendremos caracterizada esa jurisprudencia oracular, no necesitada de fundamentación racional expresa, ya que el valor de la respuesta dependía de la autoridad del autor de la misma, o mejor, del autor y su estamento. Sus respuestas eran escuetas porque no precisaban arroparse con prolijos argumentos. Por supuesto que el juez romano no procedía irracionalmente en su actividad, no formulaba sus respuestas en una intuición carente de lógica. Era racional, pero no razonador.

Praxis frente a teoría: juez y ley

Tal vinculación nobiliaria de la jurisprudencia, queda perpetuada durante el “Antiguo Régimen” en los Parlamentos, órganos que ejercieron las altas funciones judiciales hasta la eclosión revolucionaria. Dato histórico es también que la ideología revolucionaria plasma jurídicamente en el monopolio de la ley general —“clarividente y ciega”—,⁴ elaborada y votada, tras discusión, en los nuevos parlamentos, cuyos escaños ocupa el pueblo, esto es, la clase social ahora protagonista: la burguesía. La nueva mentalidad jurídica eviden-

³ Cfr. Max Weber, *Rechtssoziologie* (ed. J. Winkelmann), 2ª ed., Neuwied a. R., 1967, pp. 250 ss. También, Max Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*. Göttingen, 1967. Pero, sobre todo, Franz Horak, *Rationes decidendi. Entscheidungsgründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, t. 1. Innsbruck/Aalen, 1969. Un ámbito jurídico más amplio en el estudio de Tony Sauvel, “Histoire du jugement motivé”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 71 (1955) pp. 1 ss.

⁴ *Esprit des Lois*, cit., p. 217.

ciaba, por lo demás, una amalgama de elementos de la filosofía moderna, hechos moneda corriente. Entre los argumentos filosóficos, objeto de ese *usus politicus philosophorum*, se encuentra indudablemente el “principio de razón suficiente”. Conforme a él, y por lo que hace a nuestro tema, la ley general se convierte en marco de referencia de toda decisión judicial o de todo acto del poder ejecutivo, que en adelante han de estar expresamente motivados, aduciendo en la motivación, por supuesto, la *ratio legis* o la *ratio legislatoris*, pero nunca la *ratio iudicis* o la *ratio administrationis*.

El principio filosófico de razón suficiente se suele vincular a Leibniz como a su primer formulador. Quizá por la ambivalencia de dicho pensador, se han querido rastrear raíces de tal principio, ya en Aristóteles,⁵ ya incluso en una filosofía tan antimoderna como la escolástica.⁶ Conviene exponer someramente el intento de Leibniz, a fin de percatarse de la actitud intelectual que mantiene tal exigencia de motivación de cualquier decisión humana.

Según ella, a la decisión no le afecta la necesidad. Si es acertada, a lo sumo se podrá decir de ella que estamos ante una *verité de fait*, es decir, ante una verdad contingente.⁷ De modo similar a como a las verdades de razón —las matemáticas como paradigma— las legitima el mero análisis, a las de hecho debe afectar igualmente la justificación: en virtud de ella, este hecho es así y no de otra manera. Dar con tal legitimación encierra una enorme dificultad *à cause de la variété immense des choses de la Nature*.⁸ La dificultad de fundamentar la verdad de lo contingente se obvia haciendo una referencia última a Dios. A ese nivel de trascendencia todo es necesario, incluso la perfecta coordinación de *puissance*, *connaissance* y *volonté* de Dios. Pero cuando se quiere determinar de modo más inmediato —tal vez emulando a aquella tríada divina, en tensión en cuanto se contempla en seres inferiores, hasta llegar al hombre—, tal “razón suficiente” se convierte en una triplicidad de “razones suficientes”: la del ser, la del acontecer, la del conocer.⁹ Valga esto como esbozo. En el diseño tal vez se vislumbre una flexibilidad, que pudiera hacer aplicable el “principio de razón suficiente” no sólo a la teoría, sino también a la praxis. Lo que se ha llamado “idealismo objetivo” como actitud filosó-

⁵ La referencia en Rudolf Laun, *Der Satz vom Grund. Ein System der Erkenntnistheorie*. Tübingen, 1942, pp. 75 ss.

⁶ Una vez más, la influencia de Christian Wolff en el racionalismo de la restauración escolástica del siglo XIX es evidente. Así, hacia la mitad de dicho siglo, el dominico Salvatore Roselli podía escribir en su *Summa Philosophiæ*: “Principium rationis sufficientis tam est antiquum, quam antiqua est philosophia, ipsaque hominis natura” (*apud* Cornelio Fabro, *Partecipazione e causalità secondo S. Tommaso d'Aquino*. Torino, 1960, en nota). El apriorismo del principio que nos ocupa no es compatible con el realismo tomista, como ya vio Joseph Geysler, *Das Prinzip vom zureichenden Grunde*, Regensburg, 1929.

⁷ *Monadologie*, 33, cit. por la ed. bilingüe de la *Philosophische Bibliothek*, t. 253, p. 40.

⁸ *Ibidem*, 36, ed. cit., p. 43.

⁹ *Cfr.* 5 Carta de las dirigidas a Clarke, en G. W. Leibniz, *Hauptschriften zur Grundlegung der Philosophie*, t. 1 (*Philosophische Bibliothek*, 107). Hamburg, 1966, pp. 212 y 213.

fica de Leibniz no permite, sin embargo, el “descenso a la praxis” desde la excelsitud de la “mónada”. La ética es trascendida por la ontología.

Quizá por todo ello, la aplicación del “principio de razón suficiente” ha intentado llevarse a cabo, dentro de la praxis jurídica, allí donde se ha procedido a una ontologización de la norma, influida sin duda por el estilo neokantiano de reflexión sobre el derecho.

Rastreemos las raíces de tal aproximación a la praxis en el mismo Kant. En las primeras líneas de su estudio tardío, *Sobre el tópico: esto puede ser cierto en la teoría, pero no es válido en la práctica* (1793), presenta los términos en los que, dentro de su empeño, por demás aristotélico, de buscar una filosofía como ciencia, se plantea la relación teoría-praxis, cruz de todo planteamiento riguroso del saber sobre el obrar humano. Los dos ámbitos, mencionados clásicamente, en los que la frágil relación se somete a más dura prueba —la medicina y la jurisprudencia— son considerados en esas líneas desde el mismo punto de vista. Para Kant, un conjunto de reglas prácticas se constituye en teoría cuando éstas alcanzan “cierta generalidad”, obtenida haciendo abstracción de circunstancias concretas que concurren en la realización; a su vez, la praxis no es cualquier manipulación, sino el logro de un fin siguiendo ciertos principios generales. Mas el obrar no es inmediata consecuencia de un principio establecido al margen de quien obra: la mediación entre teoría y praxis la realiza el juicio (*Urteilkraft*). Quien obra puede distinguir, aplicando el juicio, si el hecho por realizar es el caso previsto por la regla, o no; pero el escándalo se produce desde el momento en que no se puede retrotraer hasta el infinito la búsqueda de la regla bajo la que se “subsume” el hecho, por lo que el juicio se ve obligado a escoger una determinada. Cabría pensar en una elección gratuita, fruto de un “don natural” (*Naturgabe*) impartible, que hace de su carencia que “un jurista o un médico, que han hecho escuela, a la hora de tener que dar un consejo, no sepan cómo comportarse”. Mas aunque se diera ese don, estaría muy por debajo de las posibilidades de un médico o de un “cameralista”, provenientes de aquella escuela, el completar la teoría adquirida mediante experimentos y experiencias, de los que fueran extrayendo unas reglas. En definitiva, si un principio no es válido en la práctica, no lo es por ser teórico, sino por no serlo suficientemente. “No es culpa de la teoría si no sirvió en la práctica, sino más bien de que no había bastante teoría.”¹⁰

Si hasta ahora, al referirse a la praxis, Kant ha tenido en cuenta al médico o al jurista, en las observaciones introductorias al mismo escrito que comentamos procede a equiparar ambas prácticas a la de los “ingenieros” y “artilleros”, de los que habría que mofarse si dudaran de las leyes de la mecánica cuando, en el ejercicio de tiro, no se produjeran los resultados previstos, lo que en realidad se debería a no haber tenido en cuenta las leyes

¹⁰ *Über die Gemeinspruch: Das mag in der Theorie Richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, cit. por ed. Wilhelm Weischedel, Darmstadt, 1968, t. 9, ambas citas en p. 127.

del razonamiento y de la resistencia del viento. El error no reside en la praxis, sino en lo incompleto de la teoría. Correlativamente a este planteamiento, la praxis humana es, única y exclusivamente, praxis técnica. Al entenderse la práctica como técnica, todo error es error técnico, carencia de teoría; toda praxis es construida, por consiguiente, a partir de una teoría.

En Kant, el principio configurador de la praxis jurídica no es un hecho (*Faktum*),¹¹ sino un “principio racional”, teórico (*Vernunftprinzip*): se trata de determinar el conjunto de las “condiciones exteriores” o, más bien, la “condición formal suprema” que “garantiza el derecho de los hombres bajo leyes públicas coactivas, que confieren a cada uno lo suyo y lo aseguran frente a la violación de los demás”.¹² El derecho se confunde con la ley general concebida como proyecto teórico, como “conjunto de leyes externas, que hacen posible una convivencia duradera”. Todo ello determinado por una “razón pura, legisladora *a priori*, que no tiene en cuenta en sus determinaciones consideraciones empíricas”, sino que sólo se basa en los principios racionales *a priori* de “libertad”, “igualdad” y “autosuficiencia”.¹³ Dicho más tajantemente:

Si hay en la razón algo que pueda llamarse derecho público, y que tenga realidad objetiva, esto es, fuerza vinculante para hombres dotados de libertades antagónicas, sin que surja de su bienestar o malestar, esto es, de la simple experiencia, ese derecho se funda en principios *a priori* (la experiencia no puede enseñarnos qué es derecho); hay una teoría del derecho público al margen de la cual ninguna praxis es válida.¹⁴

El problema de la justificación del derecho no es el de discriminar su justicia o injusticia, sino el de su capacidad potencial —anterior a toda experimentación— de asegurar o no el orden. La ley general no es una ley justa, sino una ley capaz de garantizar el orden, “por muy duro que esto pueda sonar, de un pueblo de demonios, siempre que se suponga que éstos disponen de razón”.¹⁵ Y ello se puede llevar a cabo de espaldas a la praxis, fiados solamente en el marchamo de “sencillez” (*Einfachheit*) que acompaña a los principios de razón, bajo los que ha de subsumirse forzosamente toda praxis.¹⁶ El juez o el funcionario lo único que hacen es aplicar mecánicamente la norma general. La legitimidad de su actuación, su justificación reside en proyectar en la praxis los principios teóricos contenidos en la ley, únicos capaces de garantizar la convivencia. Toda motivación aportada por esas instancias inferiores es simple reduplicación

¹¹ *Ibidem*, p. 153.

¹² *Ibidem*, p. 144.

¹³ *Cfr. Ibidem*, pp. 145 ss.

¹⁴ *Ibidem*, p. 164.

¹⁵ *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, edic. W. Weischedel, cit. t. 9, p. 224.

¹⁶ Véase reseñada tal cualidad de los principios kantianos en *Kritik der praktischen Vernunft*, I Parte, lib. 1, parágrafos 7 y 8, edic. W. Weischedel, t. 7, 1968, pp. 140 ss.

de los motivos de la ley, no exposición de los motivos personales o muestra de la perspicacia en la observación del caso concreto. La razón suficiente la suministra la teoría, no la praxis.

De ahí que, partiendo del kantismo, renovado en una u otra dirección, se haya intentado aplicar al derecho el “principio de razón suficiente”, la legitimidad del mismo entendida como principio de validez suficiente, en sentido estrictamente formal y desconectado, evidentemente, de toda realidad de hecho. Se da por supuesto que la pretensión de validez es inherente a toda norma. ¿En qué consiste la razón suficiente de la validez de los preceptos jurídicos? No en la justicia o en la bondad intrínsecas a la norma, sino en su correspondencia con la norma básica.¹⁷ Y ello, no en virtud de una mera exigencia lógica, sino en razón de la estructura ontológica de la realidad jurídica. El “principio de razón suficiente” no sólo es lógico, sino ontológico. No sólo afirma tal principio, en el plano lógico, que “todo juicio, para ser verdadero debe contar con una razón suficiente”¹⁸ y, en consecuencia, por lo que hace al derecho, éste debe contar con un principio suficiente de validez, sino que tal principio de validez, al tener que ser necesariamente único, no puede ser simultáneamente el principio material preconizado por el iusnaturalismo y el principio formal requerido por el positivismo, sino que tal principio ha de llegar a cristalizar dialécticamente en una síntesis en la que estén presentes tanto la validez formal como la exigencia de justicia.¹⁹ En esta síntesis es imposible anticipar el rango que uno u otro criterio alcanzan, ya que ella tiene lugar en razón del caso concreto y de las convicciones personales, esto es, en virtud de datos de hecho.

Con ello, el “principio de razón suficiente” se diluye. Lo que había comenzado con infusas de abstracción y validez general, acaba invocando como instancia última a la “astucia de la realidad”. Con esa actitud se corre el riesgo de que la legitimación se convierta en mero pretexto, en mera justificación *a posteriori* de lo que no requiere justificación. Caeríamos así, precisamente, en la tesis contraria a la propuesta.

La ley, instrumento del juez: la motivación como pretexto

Al punto al que hemos llegado, parece conveniente recordar la opinión de un jurista, no profesoral y hastiado de neokantismo y de dogmática jurídica, que irrumpió hace menos de medio siglo con una obra detonante: *Rechtsnorm und Entscheidung*. Su autor, Hermann Isay, distingue, frente

¹⁷ Eduardo García Máynez, *Lógica del raciocinio jurídico*. México, 1964, pp. 120 ss. 120 ss.

¹⁸ Eduardo García Máynez, *Die höchsten Prinzipien der Rechtsontologie*, “Archiv f. Rechts- und Sozialphilosophie” 45 (1959), p. 211.

¹⁹ Eduardo García Máynez, “Wesenssinn des Rechtes. Das Naturrecht und das Rechtsprinzip vom zurichenden Grund”, en *Sinn und Sein. Ein philosophisches Symposium*, ed. R. Wisser, Tübingen, 1960, pp. 195 ss.

al monismo kantiano o neokantiano, dos tipos de normas: 1) las que regulan las bases de la comunidad social; 2) las que regulan el tráfico jurídico entre los miembros de la comunidad o entre aquéllos y ésta.²⁰ A la hora de tomar decisiones, unas y otras normas juegan un diverso papel. En el primer caso, la decisión cae no arrastrada por el peso de las *normas*, sino por el de las *instituciones*, “cuyo contenido ético constituye el criterio último y superior de la regulación jurídica”. Estas normas de regulación global de la convivencia, frente a lo que suponía Kant, no son puramente “técnicas”, sino “jurídicas”. Según eso, las normas tienen respecto de las decisiones un significado diverso del que alcanzan las que regulan el simple tráfico jurídico entre particulares. La decisión responde, en el primer caso, a la pregunta de si la norma general ha sido violada, mientras que deja en un segundo plano la aplicación al caso particular. Esto ocurre incluso con la decisión administrativa, determinada como está por los fines del Estado, por la utilidad pública, pero no por la justicia. Conviene, pues, distinguir claramente entre la *norma* que regula *previamente* equiparando una conducta con la hipótesis abstractamente formulada, y otra, la *decisión*, que regula *posteriormente* el caso individual, esto es, “vincula el estímulo de una conducta determinada a la respuesta de una hipótesis”. Según este esquema, la relación con la praxis propia de la norma constitucional o del acto administrativo correspondería a la que, de modo paradigmático, hemos visto ya formulada por Kant. La motivación en este caso constata simplemente la existencia de la regulación y establece su equiparación lógica entre conducta concreta e hipótesis abstracta. La motivación no es aquí justificación, sino comprobación de señas de identidad.

Para Isay auténtica decisión sólo se da en relación con el tráfico jurídico privado. Dejemos incólume el tema de la génesis de tal decisión, resumida en fórmulas como que “la lógica es ciega al valor de la justicia” o que la decisión es fruto del sentimiento jurídico. A mi propósito, lo que encierra más interés es la preocupación por explicar la consecuencia de que el juez tenga que aportar razones al servicio de una actividad que es por naturaleza irracional. En principio, ya nos encontramos con la calificación de “sentimental” aplicada a toda tarea racionalizadora; concretamente se hace referencia con ello a la necesidad del espíritu humano de pensar mediante categorías generales. “De ahí se sigue la necesidad de controlar y de motivar la decisión adoptada en razón de su capacidad de ser generalizable; pero, originariamente, toda decisión es irracional. La posterior racionalización de la misma no es sino un pretexto, condicionado incluso por la mentalidad

²⁰ Cito por la reimpresión de Scientia Verlag, Aalen, 1970. Aquí, pp. 154 ss. El propio Isay advierte que tal distinción se encuentra ya en el libro v de la *Ética a Nicómaco*. Para quien está persuadido de que la filosofía del derecho ha de ser ante todo filosofía práctica, la mención de tal origen le parece una muestra de clarividencia. Aristóteles no ha de ser reiterado, pero sí resulta estimulante su concepción de tal filosofía como una teoría de la praxis y una praxis de la teoría.

capitalista y el derecho inherente a ella. Lógicamente se arropa la decisión con unos motivos que hagan aparecer la decisión judicial como *aplicación* de una norma. “La motivación es así una ficción”: el juez no pone en evidencia en ella el origen auténtico de su decisión, sino que simula como si la decisión se derivase simplemente de la norma. En realidad, el camino recorrido es el inverso: la norma dimana de una o varias decisiones, anteriores si sus contenidos son reiterativos, o coetáneas si la decisión se produce —en cuanto a su contenido— por vez primera, al no encontrarse precedentes. En cualquier caso, lo que es objeto de control no es el modo de producirse la decisión, sino si la posterior decisión dada en el mismo sentido puede ya vincularse a una norma. Según esto, la técnica jurisprudencial no consiste en la exposición de los argumentos que llevan a una determinada solución, susceptible de ser sometida, precisamente a través de la argumentación aducida, a su posterior control y revisión, sino que la técnica lo es sólo de la justificación *a posteriori* de algo que por esencia se ha llevado a cabo injustificadamente.²¹

¿Es realmente ése el modo de proceder habitualmente el juez? ¿No estará gravitando sobre esta exposición una imagen ficticia del juez, considerado como máquina de subsunciones, a la que se contrapondría la imagen igualmente ficticia del juez que procediera en su tarea diaria con independencia de la ley? ¿No serán tan similarmente irreales la imagen del juez que procede respecto de la ley como un autómatas, como la del juez que ejerciera su actividad haciendo un derroche diario de imaginación creativa? Ni el hombre queda anulado por la primacía de la ley, ni la imaginación puede ser asunto de rutina. Es precisamente esa misma rutina, es decir, la consideración atenta de la praxis, la que ha llevado recientemente a describir de diversa manera la necesidad de motivar impuesta hoy al legislador, al juez o al funcionario a la hora de dictar normas o de tomar decisiones. En este nuevo planteamiento, que va a ser ahora abordado, no es el juez, como paradigma, el punto último de referencia, sino la función social desempeñada por el derecho. En su funcionalidad se cifra su legitimación. Veamos, pues, ahora si motivar equivale a mostrar la evidencia de utilidad de la decisión adoptada.

Teoría frente a praxis: la decisión del juez como acto ritual

Es lógico que el modelo elegido no sea aquí el juez, sino el funcionario. Al ejemplificar se aludirá preferentemente al acto administrativo, no a la sentencia. Para Niklas Luhmann, representante máximo de la actitud que comentamos, abreviadamente denominada *Systemtheorie*, la obligación de motivar los actos administrativos emitidos por escrito no es, como suele admitirse, la de procurar a la administración argumentos convincentes con los que atraer a su punto de vista a los interesados en dicho acto. Si de hecho,

²¹ Las citas en *Ibidem*, pp. 156, 4, 164 y 177, respectivamente.

en un caso concreto, puede ser ése el efecto de la motivación, no es sin embargo ésa su razón de ser. Si no, la resolución debería servirse de un lenguaje persuasivo, que convenciera a los afectados, les ofreciera compensaciones, procurara considerar las circunstancias personales y, para ello, adujera un cúmulo de informaciones complementarias que hicieran posibles dichas tareas. Ya el hecho de que el mismo estilo de lenguaje sea empleado tanto para con el ganador como para con el perdedor del litigio delata que la capacidad de convencer es, en el mejor de los casos, un efecto secundario, coordinado a lo sumo con otros fines igualmente perseguidos, como ahorro de tiempo, exactitud jurídica, etcétera. “La función de la motivación es otra: la de ser punto de engarce con el subsiguiente control contencioso-administrativo.”²² La motivación determina la línea argumentativa que mantendrá la administración pública en el posible proceso posterior, y da al afectado por el acto administrativo una base para decidir si, a la vista de ella, quiere recurrir o no contra la decisión administrativa. De ahí que la motivación esté redactada por juristas con la mente puesta en que sus lectores van a ser igualmente juristas, ya se trate de las autoridades superiores, ya del tribunal. Así, su interés por la exactitud e infalibilidad son tan primordiales, que normalmente el receptor de la comunicación debe servirse de un experto que pueda hacerse cargo de su contenido. La obligación de motivar los actos no tiene, pues, según Luhmann, una función legitimadora, sino una función integradora del acto en el procedimiento administrativo, entendido éste en sentido de regulación jurídica del sistema social. La legitimación no deriva de la motivación, sino de la capacidad de insertarse en el sistema, en que consiste el derecho. En el fondo de esta concepción late el convencimiento de que el procedimiento administrativo prescinde de funciones legitimadoras y se concentra en la tarea funcional de elaborar decisiones consistentes, en cuanto que reducen al máximo la complejidad de dicho sistema social. Este esfuerzo es paralelo, por una parte, a la estricta separación entre política y administración, y, por otra, a la fijada entre administración y contencioso. La decisión administrativa queda así en un terreno flanqueado de una parte por lo político —legitimado por instituciones dotadas de consenso democrático—, de otra por lo contencioso, que aísla de modo concluyente la protesta y la frustración que pueda producirse en el interior del sistema. En ese terreno intermedio, la decisión administrativa se desembaraza de la preocupación por legitimarse políticamente o de lograr el asentimiento de los afectados por ella.

Esto supone que la verdad no es el motor de la decisión, judicial o administrativa, sino la seguridad. La “verdad” se entiende, en el tráfico social, simplemente como transmisión intersubjetiva que permite una reducción de la

²² Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2ª ed., 1975, p. 215. También, del mismo autor, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, “Archiv des öffentlichen Rechts” 94 (1969) 1-31.

complejidad. Esa verdad no hace referencia a la individualidad concreta, sino a un mero sujeto del proceso social:

Así considerado, la meta del procedimiento jurídicamente regulado es la de hacer intersubjetivamente transmisible la reducción de complejidad, ya sea con ayuda de la verdad, ya sea mediante la formación de un legítimo poder decisorio.²³

La legitimidad en este caso reside sólo en la disposición generalizada de aceptar dentro de ciertos límites decisiones de contenido todavía indeterminado. La complejidad de las modernas sociedades exige la generalización del reconocimiento, libre de motivos y de adhesiones a personalidades individuales. El hombre va “aprendiendo” a aceptar decisiones ajenas e incluso a superar posibles decepciones que se produzcan dentro del sistema. La acomodación es el modo de superar la frustración:

La legitimidad no se basa en el reconocimiento voluntario, en la convicción personal, sino, por el contrario, en un clima social que institucionaliza, como obvio, el reconocimiento de decisiones vinculantes no en razón de una decisión personal, sino por ser dadas éstas por un oficio público exigido por el sistema social.²⁴

Se trata, pues, de una *legitimación por medio del procedimiento*, diversa de una *legitimación mediante implicación simbólico-lingüística*. Esta última es la propia de los juristas al aducir motivos de sus decisiones, en virtud de su vinculación a criterios de justicia, mientras que en aquella otra legitimación desaparece totalmente la preocupación por la justicia, por el *deber ser*, por centrarse exclusivamente en un proceso fáctico de comunicación social, que prescinde del sentido inherente a una norma: estamos ante un *ser*, ante un acontecimiento ritualmente reiterado y cuyo desenlace puede predecirse de antemano.

El procedimiento alcanza su función social en cuanto integre a los participantes en el sistema social y privatice al máximo la protesta, una vez que se ha dado el primer supuesto: la protesta es ahora una mera contradicción personal, la protesta se reduce a culpabilidad individual de quien no acepta el sistema. A su vez, quien debe juzgar de tal culpabilidad no es el juez X, con su peculiaridad, sino que el juez es un elemento anónimo dentro del sistema, que se limita a una subsunción impersonal, de modo que, a las informaciones que llegan del exterior (hipótesis normativas) se vinculen imparcialmente las prescripciones predeterminadas del sistema (consecuencias jurídicas).

²³ *Legitimation*, cit., p. 26.

²⁴ *Ibidem*, p. 34.

No me voy ahora a detener sino en algunos puntos de crítica, diversos de los que ya han sido establecidos con anterioridad.²⁵ Por lo demás, quisiera proceder a dicha crítica teniendo en cuenta las observaciones de un jurista como Josef Esser que, sustancialmente, ha argüido a Luhmann²⁶ el haber pasado por alto el problema hermenéutico, es decir, la comprensión del *interés* que guía a quien aplica el derecho y a quien lo cumple. El *ser*, reclamado por Luhmann, es mucho más complejo de lo que pueda dar a entender como ciegos a todo interés a los implicados en el sistema impersonal que caracteriza la sociedad actual. Por otro lado, tampoco pretendo abordar el tema procediendo a un análisis psicológico de dichos intereses, llevado al modo de una investigación de actitudes.²⁷ Tal reducción del problema no puede, sin embargo, olvidar que los intereses son también objeto de formulación y están sujetos por tanto a aquella interpretación de su sentido, que los haga intersubjetivamente aceptables o rechazables.

La pregunta, pues, que es preciso formular de nuevo, puede encerrarse en los siguientes términos: ¿Qué alcance tienen hoy las motivaciones de las decisiones jurídicas? La coherencia lógica es ya el solo torso formal de motivaciones convincentes; pero además, la dogmática y metodología jurídicas ofrecen un rico arsenal de argumentos que pretenden convencer a los inmediatamente afectados por la decisión,²⁸ si bien éstos no sean aludidos, es verdad, en su identidad concreta, sino más bien en cuanto abstractos sujetos de imputación. Pero las motivaciones de la decisión jurídica no sólo se dirigen a los interesados en ella, sino que tratan asimismo de convencer a los tribunales de rango inferior y superior, de manera que confirmen o revisen criterios ya asentados. También se dirige la motivación a la doctrina científica, que critica o integra el ordenamiento jurídico, de manera que se

²⁵ Particularmente en la polémica Jürgen Habermas - Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*. Frankfurt a. M., 1971. Cfr., también, Fridel Eckhold-Schmidt, *Legitimation durch Begründung*. Berlin, 1974, pp. 16-23 y *passim*.

²⁶ Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. M., 1970, pp. 202-213. Esta obra tiene como significativo subtítulo: *Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungs-praxis*.

²⁷ Buena parte de la bibliografía anglosajona presenta esa dirección, y al no participar de la preocupación metodológica que es propia de mis observaciones, no ha sido tenida en cuenta. Valga como modelo de la metodología anglosajona Richard A. Wasserstrom, *The judicial Decision. Toward a Theory of legal Justification*. Stanford, 1961. También, Theodore L. Becker, *Political Behavioralism and Modern Jurisprudence*. Chicago, 1964; G. Schubert, *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices 1946-1963*. Evanston, 1965, y las observaciones de Lon L. Fuller, "An Afterword: Science and the Judicial Process", *Harvard Law Review* 79 (1966) 1604-1628.

²⁸ No me detengo aquí en la "tópica". Para un resumen de este movimiento: Gerhard Otte, *Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben*, "Rechtstheorie" 1 (1970) 183-197. Tal crónica omite, sin embargo, a Luis Recaséns Siches, que sin embargo es citado por el protagonista de la "tópica", Theodor Viehweg, en el prólogo de las últimas ediciones de su obra. Cfr. *Topik und Jurisprudenz*, 5ª ed. München, 1974, p. 8.

relacionen con su configuración actual los argumentos aducidos y la decisión adoptada. Asimismo, la motivación va dirigida a los órganos ejecutivos, al prestarles argumentos utilizables en futuras estrategias prescriptivas, que habrán de insertarse en los programas legislativos. La opinión pública, en cierta dimensión, también es afectada por la convicción o falta de convicción de los motivos exhibidos. Y, por último, aunque no sea menos esencial, la motivación descarga la conciencia del mismo juez, al poner en evidencia las razones que le llevaron a decidirse en uno de los varios sentidos posibles. Ese complejo espectro de destinatarios de las motivaciones traspasa los estrechos límites trazados por el esquema de Luhmann, y no sólo por tomar en cuenta más variantes, sino por reflejar que no es unívoco el proceso social, antes bien repercute en éste de modo diverso la decisión jurídica, que así es objeto, a distintos niveles, de otras tantas interpretaciones del sentido inherente a dicha decisión.²⁹ Lejos de presentar un sentido único, la decisión reclama una tarea hermenéutica. No se trata tan sólo de una decisión que repercute inmediata y exclusivamente sobre los presentes, procurándolos integrar en el sistema. La forma escrita en que hoy se refleja la decisión “enfria” la realidad, descompone la secuencia temporal, obliga a que la terminología se haga técnica. La legitimación de la decisión, por consiguiente, no dimana sólo del procedimiento mediante el cual ésta se produce, sino del contenido de la misma. La pretendida reducción de la complejidad por medio del sistema se ha llevado a cabo de espaldas a la realidad jurídica, y ello en virtud de haber aceptado la convencional y estereotipada distinción, dentro del derecho, entre lo fáctico y lo normativo.

En efecto. Se ha podido observar que la *Systemtheorie* reitera en último término el modelo de la subsunción como estilo interpretativo del derecho. A ello conduce el desconocimiento de la dimensión normativa, no exclusivamente fáctica, de la decisión. La aplicación del derecho no se ha de entender como un monólogo declamado por el juez, o el funcionario —que eso sería, radicalmente, la subsunción—, sino como un intercambio intersubjetivo de argumentos que pretenden plausibilidad. En resumen, la aplicación de la ley no es un ritual, cuyo desarrollo esté fijado de antemano, sino que, por el contrario, el juicio resulta imprevisible, la decisión final es incierta. La incertidumbre procede del interés hermenéutico, tan diversificado, al que antes se ha hecho referencia. Ese interés hermenéutico presenta —en su raíz y como denominador común de todos los afectados diversamente por la decisión—, un interés emancipatorio. Verdad y justicia se introducen así, inevitablemente, en el proceso social, actuando como elementos distorsionantes del mecanismo. Verdad y justicia entendidas, además, no en función del papel social que cada uno desempeña en dicho proceso. Conforme a esta última visión, verdad y justicia se reducirían a ser ingredientes modificados

²⁹ Ya en este sentido de intentar una tercera vía entre formalismo y sicologismo, Ernst Forsthoff, *Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik* (1941), reedición, Darmstadt, 1964.

por la “mentalidad” del juez o del funcionario, y una vez tamizados subjetivamente, pasarían a ser alegadas en la motivación con pretendidos caracteres de objetividad: verdad y justicia, pues, en cuanto integradas en la “mentalidad” de juez o de funcionario.³⁰ Entendidas con mayor amplitud, verdad y justicia no desconocen la complejidad y la patología sociales, los condicionamientos de dicha “mentalidad”, la dificultad de clarificación de los motivos, etcétera. Mas, a pesar de ello, el interés emancipatorio subsiste: se centra en la autorreflexión y la autocrítica de los interesados, tareas estas dos llevadas a cabo en el horizonte de una sociedad que, por pretender ser más justa y más transparente en sus legitimaciones que la actual, no excluye el poder ser distinta a como ahora es.

Teoría de la praxis y praxis de la teoría: hacia un modelo de decisión jurídica

A modo de balance de lo hasta ahora expuesto, podría reseñarse que no se participa —por lo que a mí respecta— del optimismo infundido por la exclusividad de la teoría, es decir, por la primacía absoluta del sistema, respecto del cual la motivación de las decisiones no tendría un valor cognoscitivo, sino meramente expositivo. Tampoco se comparte, por otro lado, un optimismo decisionista, que considerara al juez o al funcionario como ejercientes continuos de la intuición y creadores —*ex nihilo*— del derecho. Y esto último incluso matizado por las formulaciones de la “tópica”, siempre y cuando ésta considere a la ley general como un “argumento” más, esgrimido al mismo nivel que otros extralegales que puedan aducirse al adoptar una decisión. Partiendo de la realidad presente, es decir, de la programática racionalización de la vida social mediante leyes generales, voy a intentar desentrañar el papel, indudablemente complejo, que desempeñan las motivaciones en las decisiones jurídicas singulares. Intentaré, no obstante, dar con el núcleo esencial de dicha decisión. Queda, sin embargo, fuera de mi propósito el tema de las “exposiciones de motivos” de las leyes generales, cuyo control de racionalidad presenta aspectos distintos de los que aquí se abordan, aunque no alejados de ellos. En este turno de delimitaciones, conviene advertir, por último, que tampoco se trata de afrontar la cuestión a la manera como procedería la dogmática jurídica. Si bien ésta tiene hoy, en el tema que nos ocupa, un ámbito amplio de actuación desde el momento en que, de acuerdo con la tendencia racionalizadora ya apuntada, el Estado de derecho exige la motivación de las sentencias judiciales y de los actos administrativos, y ello no sólo a nivel constitucional,³¹ sino, en su caso, al de las corres-

³⁰ En este sentido, Esser, *o. c.*, p. 211. *Cfr.*, la crítica del concepto “*Vorverständnis*” en Hubert Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Frankfurt a. M., 1973, pp. 166 ss.

³¹ Por ejemplo, la *Grundgesetz* de la República Federal Alemana, en el art. 20, 3 y en el art. 104, 3. Sobre ello, con alcance metodológico, Jürgen Brueggemann, *Die richterliche Begründungspflicht*. Berlin, 1971. *Cfr.*, también, el art. 111 de la vigente Constitución italiana.

pondientes leyes de procedimiento administrativo³² o de procedimiento civil o penal.³³ Con la reflexión que este deber legal de motivar provoca se pretende ir más allá de lo formal, sin caer por eso en un tratamiento de psicología judicial, sin duda legítimo, pero no excluyente del que aquí se pretende llevar a cabo.

Se trata de dar con cierta formulación teórica que explique, del modo más cumplido posible, la relación entre teoría y praxis con referencia a la decisión jurídica. A este propósito, no parece oportuno presuponer la desaparición del esquema que hace del juez o del funcionario instancias que “aplican” la ley general. En cualquier caso, teniendo a la vista el contexto político del presente, por mucho que se quiera revalorizar la “responsabilidad” del juez, su “sacerdocio”, etcétera, éste no “crea” derecho en el mismo sentido en que lo hace el “legislador”. Me ha parecido conveniente, pues, partir de esta praxis y proyectar sobre ella la teoría de la misma, más pretendidamente “pura”. Puede parecer desatino intentar aproximarse a la praxis a través del planteamiento kelseniano. Pero interesa aceptar el reto y tratar de delimitar con ese esquema lógico lo que parece imposible. Con ello no se quiere la dificultad por la dificultad misma, sino que se parte de la autoconciencia del propio Kelsen de que su “teoría pura”, por lo que hace al tema de la decisión jurídica, ni se reduce obviamente a un psicologismo o sociologismo, ni por otra parte —lo que a veces pasa inadvertido— es una nueva versión de la “jurisprudencia de conceptos”.³⁴ En esa posición intermedia, ocupada por la “teoría pura”, en esa tensión establecida por ella entre la interpretación como acto de conocimiento y la interpretación como acto de voluntad, creemos que hay como un diseño certero de lo que de teoría y praxis hay en el acto jurisdiccional.

Kelsen distingue entre la interpretación del derecho llevada a cabo por un órgano que lo aplica al caso concreto, y la realizada por una persona particular, especialmente por el jurista científico. En el primer caso estamos ante un acto de conocimiento y un acto de voluntad. En el segundo, sólo ante un acto de conocimiento. Centrados, pues, en el primer tipo de interpretación —“auténtica”—, conviene advertir, ante todo, que el acto de voluntad no está desvinculado de puntos de referencia objetivos, en función de los cuales se produce. Programáticamente: la interpretación sólo se lleva a cabo al aplicar; es decir, la teoría se formula en función de la praxis. Esto me

³² Cfr. Juan Luis de la Vallina, *La motivación del acto administrativo*. Madrid, 1967, con bibliografía internacional.

³³ Bastaría hacer referencia a la motivación de las sentencias civil y penal, congruente con las motivaciones respectivas, de la demanda y del acto de procesamiento, así como a la motivación jurídica formal y la violación de la ley a efectos de los recursos, incluido el de casación. Cfr., por ejemplo, Georg Furtner, *Das Urteil im Zivilprozess*. München, 1967; Guido Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, 2ª ed. Padova, 1964.

³⁴ Cfr. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. Wien, 1960, p. 353. Las citas siguientes en las páginas 349, 351 y 352.

parece de una importancia capital. El acto jurisdiccional, conforme a estos presupuestos, parte del caso, pero procede dentro del horizonte circunscrito por la norma superior. Esta norma no sólo fija el procedimiento, conforme al cual se produce el acto individual, sino que también condiciona el contenido del mismo. Pero la determinación del contenido nunca es total. Por parte de la norma se da una consciente indeterminación, en cuyo ámbito se mueve el arbitrio de quien aplica el derecho. La indeterminación puede ser mayor o menor, pero nunca inexistente. La norma superior fija el “marco” —la comparación es kelseniana— que ha de ser “llenado” por el juez. Toda aplicación del derecho está pues, en parte, determinada, y en parte, indeterminada por la norma general; pero, junto a esa indeterminación prevista por la ley, ha de admitirse una indeterminación imprevista: el sentido del lenguaje en que la norma se expresa no es unívoco, por lo que, al aplicarla, nos encontramos ante una pluralidad de significados. Tanto en el caso de la indeterminación imprevista como en el de la prevista, el alcance de la tarea interpretativa está determinado por la misma norma: el acto jurisdiccional será conforme a derecho si se produce dentro del marco de posibilidades delimitado por la norma. El “resultado de la interpretación jurídica sólo puede ser la constatación del marco que pone de manifiesto el derecho a aplicar, y con ello el conocimiento de las varias posibilidades contenidas en ese marco”. De ahí que la interpretación de la norma no desemboque en una única decisión, en cuanto la única conforme a derecho, sino que dé paso a varias decisiones posibles, todas igualmente válidas, si bien sólo una de ellas logrará ser derecho. La decisión no es “la”, sino “una” de las posibles normas individuales. La interpretación, por todo ello, no es sólo un acto hermenéutico, un acto de comprensión del sentido de la norma, sino que también pone en marcha un acto de voluntad. El tema ya no es sólo de teoría del derecho, sino de política jurídica. Quien aplica el derecho, lo crea, si bien dentro de un marco de referencia, más restringido que el que representan las coordenadas en las que se mueve el legislador, pero “la diferencia es sólo cuantitativa, no cualitativa”. Incluso admite Kelsen que el marco de referencia —la norma— permita que el órgano destinado a aplicar el derecho eche mano para ello no sólo de normas positivas, sino también de normas meta-jurídicas, como moral, justicia, juicios de valor, etcétera. El derecho positivo concedería esta delegación a través de cláusulas expresas, fomentadoras de tal amplitud de ámbito, “pero con ello, esas normas se transformarían en normas de derecho positivo”. El marco de referencia se mantiene, si bien se han instalado en él unas válvulas de seguridad, expresamente previstas, que no impiden, antes bien legitiman, invocar otros criterios a fin de dar razón del acto jurisdiccional. La caracterización de la tarea de aplicar el derecho, llevada a cabo por Kelsen, al contar con la ley positiva como punto de referencia, no sólo establece con ello el primer momento de la decisión —determinar cognoscitivamente los sentidos posibles de la norma general—, sino que justifica el acto de voluntad subsiguiente en razón de que se consi-

dere más atinado, atendidas las circunstancias del hecho concreto, decidirse por uno de los posibles sentidos, con preferencia a los demás.

Hay que añadir una observación marginal de Kelsen, que pone de manifiesto, a mi modo de ver, que la decisión, aun siendo en última instancia un acto de voluntad, una creación de derecho, sin embargo, no puede producirse al margen de la justificación racional garantizada por producirse dentro del marco de la ley. Sólo en ese caso “el derecho así creado no puede ser anulado, tiene vigencia”. El hecho —constatable, particularmente, en la última instancia jurisdiccional— de que mediante la aplicación se cree nuevo derecho, necesitará siempre —aunque ello no sea dicho expresamente por Kelsen— la invocación de un cuadro legal de referencia más amplio del hasta ahora invocado, con pretensiones de exclusividad. El ordenamiento, considerado quizá hipotéticamente como unidad abierta, admitirá en su seno cuadros legales de progresiva amplitud de espacio enmarcado, dando lugar así a diversos ámbitos dentro de los cuales se producirían las decisiones jurisdiccionales. Esta lectura de Kelsen pretende, pues, no prescindir en el acto de voluntad de la decisión de la justificación racional que lo legitima.

Pienso que así, sin verme obligado a aceptar los presupuestos metodológicos de la “teoría pura del derecho”, Kelsen me ha prestado una explicación de la decisión jurídica, en la que se mantiene la difícil tensión teoría-praxis. Su actitud además, está avalada por la enemiga de un irracional decisionismo voluntarista, patrocinado por aquellos que en el periodo de entreguerras más combatieron su formalismo. Tal formulación reduce a justos términos una visión un tanto patética de la decisión jurídica, muy vinculada por lo demás a un existencialismo filosófico, respaldo de cierta dosis de irracionalismo. Sin embargo, la interpretación de Kelsen, que he expuesto en líneas anteriores, puede suministrar un modelo de la decisión sólo si se añade algo más sobre el *ser* de la decisión, sin olvidar, no obstante, que ya el mismo Kelsen hacía bastante borrosa la distinción entre el *ser* y el *deber ser* al advertir que él trataba de “caracterizar” (*kennzeichnen*) no de definir teóricamente la tarea interpretativa y el acto de voluntad que ésta implica. Intentaré, pues, completar lo expuesto.

Partamos de que a la decisión jurídica no suele afectarle, como a una decisión esencial, la alternativa, es decir, la imposibilidad de hacer una cosa y no dejar de hacer la opuesta.³⁵ Mas, a su vez, esa ausencia habitual de patetismo queda paliada por el imperativo legal de que el juez o el funcionario no pueden adoptar una posible alternativa: la de no juzgar, la de no tomar decisiones. El llamado “silencio administrativo”, incluso, puede considerarse como una decisión o, al menos, como el presupuesto de una posible ulterior decisión. Están, pues, obligados a tomarlas, aunque se muevan argumentativamente en la incertidumbre. Pero, en cualquier caso, la tensión suele quedar superada por el hecho de que el juez o el funcionario

³⁵ Cfr. Hermann Luebbe, “Zur Theorie der Entscheidung”, en *Collegium Philosophicum. Joachim Ritter zum 60. Geburtstag*. Basel/Stuttgart, 1965, pp. 118-140.

no deciden en el vacío. Su papel social se desenvuelve en un contexto. Tradiciones e instituciones fijan lo que es obvio o, si se prefiere, hacen obvio lo fijado por ellas. Pueden presentarse casos dudosos, pero éstos se ubican en un ámbito jurídico, cuyas claves domina el jurista. Parecería como si éste no adoptara decisiones, sino que sólo tomara resoluciones. Quizá esa peculiaridad de ser tercero entre dos posturas contrarias que tienen el juez o el funcionario, requiera ese modo de proceder. La duda, por una parte, y la capacidad de decidir, por otra, se atribuyen a dos sujetos distintos. Las partes disputan con argumentos encontrados sobre sus derechos, mientras que el juez decide. La duda es sólo disarmonía en un todo social que, hipotéticamente, se supone armónico o armonizable, por lo que aquélla se resuelve cuando la instancia neutral pronuncia su veredicto: quien resuelve no se encuentra en la situación decisiva.

Pero no extrememos la descripción, hasta el punto de que hagamos del acto jurídico decisorio un acto oracular. El juez o el funcionario no encuentran ya preparados los motivos de sus decisiones, como si de fórmulas se tratara. Entre los motivos, los hay “decisivos” y “no decisivos”. Sólo en virtud de esta dualidad, al jurista le puede embargar, y de hecho le embarga, la duda, aunque se trate de juzgar sobre un hecho del que él nunca es protagonista, sino observador. Observador, sin embargo, interesado, obligado, ya que sobre él gravita la función social de tomar decisiones sobre asuntos que afectan a terceros.

Otra vez vuelve a asomar cierta dimensión trágica en la decisión del juez —como prototipo de decisión jurídica— cuando se fija la atención en una característica de la misma: ha de ser adoptada en un plazo de tiempo. El sopesar pros y contras puede ocupar un tiempo indefinido en el caso del científico del derecho, pero no en el caso del juez. Aquí, la motivación debe abocar a la decisión en un tiempo concreto. Si en otras situaciones vitales, alternativas excluyentes pueden ser superadas con el paso del tiempo, en el caso que nos ocupa la oportunidad o inoportunidad quedan al margen de la estricta relación establecida entre las partes interesadas y la instancia decisoria neutral. Esa relación se inicia en un momento y concluye en otro, sin que en su interior se produzca con el paso del tiempo una resolución: ésta sólo se da mediante la sentencia, y ello aunque el interesado ya no exista o la situación inicial de conflicto de intereses se haya realmente resuelto con el paso del tiempo. Ello será solamente una prueba de la inoportunidad de haber invocado la intervención de la instancia neutral. La decisión jurídica, pues, tiene fijado un plazo, y en ese plazo es preciso aducir los motivos, sopesarlos y concluir. Pasado ese plazo, si hay una revisión de argumentos, una modificación de las conclusiones a que conducen, ello se llevará a cabo en otra instancia, que a su vez tiene fijado un plazo. El plazo, además, no suele fijarlo quien decide, sino que a éste le viene legalmente impuesto. Esa imposición no fomenta, por ello, la irracionalidad. La praxis cuenta con una racionalidad comprometida. La racionalidad suya no es la propia de las soluciones

(teoría científica), sino la de las decisiones o, si se quiere, de las resoluciones. La racionalidad es muchas veces prestada, cuando se habla de ella respecto de la praxis. No se trata en ésta de intuir un “juicio salomónico”, sino de poner la decisión en relación con el consenso. Recuérdese lo dicho antes sobre el amplio espectro creado por la decisión judicial. Se acepta, pues, una pluralidad de posibilidades, se someten posteriormente a debate, tanto si el órgano decisorio es colectivo como si se sopesan individualmente argumentos. Pero, al fin, el debate se cierra con una decisión que intenta, en todo caso, normalizar, integrar en un contexto social el conflicto debatido. Así se entiende que la decisión revista a menudo el carácter de un compromiso.

Todo esto haría aparecer a la decisión jurídica como si hubiera de ser adoptada siempre en actitud conservadora, teniendo en cuenta argumentos suministrados por el pasado o el presente, pero descartando las motivaciones que miren al futuro, en el sentido de que indiquen que el contexto social puede ser diverso del hasta ahora vigente. Creo que una referencia a la *estructura* de la motivación de las decisiones jurídicas, capaz de dar cuenta cumplida de la complejidad de las mismas, evitará la simplificación apuntada. Por supuesto, mi referencia sólo puede ser ya somera. En esa *estructura* se encuentran, ejerciendo distinta función, dos ingredientes: la *construcción jurídica* y la *argumentación*. La *construcción* no sólo presenta una faceta expositiva o meramente reproductiva, sino también cognoscitiva. Esta última dimensión tiene como supuesto la pretendida unidad del ordenamiento jurídico, cuya dimensión práctica es innegable. Se trata de insertar el caso, hasta entonces sin precedentes, en un contexto global, llenando así las “lagunas” por medio de la analogía. La exigencia de unidad normativa confiere claridad y penetración a la actividad motivadora de una decisión adoptada dentro de las coordenadas impuestas por el ordenamiento. Pero, de modo inmediato, se presenta la objeción de si tal modo de proceder, en lugar de suministrar *motivos decisivos*, sólo ofrece *motivos aparentes*: los valores e intereses que entran en juego en la decisión jurídica se enmascaran con datos normativos, cuya elección *a posteriori* va a remolque de dichos intereses y valores. Pues bien, aun admitiendo que tal modo de proceder se produjera con la crudeza apuntada, la construcción no queda por ello reducida a ser máscara de la realidad. La construcción sigue manteniendo un valor cognoscitivo; a saber: la valoración o el interés en juego, y hasta ahora no tenidos en cuenta por la interpretación habitual del ordenamiento, han de integrarse de modo razonable —capaz de hallar consenso o rechazo— al sistema jurídico. La decisión, pues, se somete a un control racional y, al mismo tiempo, se introduce un factor de anticipación. La integración ha de estar siempre motivada.

El segundo ingrediente, el *argumentativo*, cumple esta tarea en mayor medida: en virtud del carácter hermenéutico inherente al derecho, la argumentación completa y, en cierta manera, sustituye a la construcción. Argumentar es discutir, criticar, aportar razones a favor y en contra. En

definitiva, argumentar es tarea enlazada con la de realizar la justicia. Por supuesto que esta tarea puede degenerar en justificación de intereses incompatibles con los criterios formales y materiales de justicia. Mas, la publicidad con que se procede a argumentar en orden a decidir jurídicamente, la pretensión de encontrar consenso, etcétera, aseguran una fuerte dosis de diafanidad, de racionalidad.

Construcción y argumentación, como factores a combinar en los motivos de las decisiones jurídicas, son, pues, elementos capaces de asegurar, respecto de éstas, que el derecho desempeñe una evidente —aunque siempre amenazada— función emancipadora.