

EL PROBLEMA DE LOS HECHOS EN LA JUSTIFICACIÓN DE SENTENCIAS*

The Problem of Facts in the Justification of Judicial Decisions

Ricardo Caracciolo

Resumen

Este trabajo presenta un argumento en favor de la exigencia de verdad de las proposiciones descriptivas de los hechos en controversias que normalmente integran el contenido de las sentencias en el derecho contemporáneo. Esta exigencia es, de este modo, un criterio de justificación de las decisiones judiciales. Para desarrollar el argumento se recurre al análisis de las nociones de “decisión judicial”, de “aplicación” de normas generales y de “justificación normativa”. Se revisan, asimismo, diversas formas del escepticismo kelseniano acerca de esa exigencia de verdad y se sostiene que no son exitosas.

Palabras clave

Decisión judicial, aplicación de normas, justificación normativa, verdad.

Abstract

This paper presents an argument to support the claim that the descriptive propositions about the facts of the case, which are an ordinary component of contemporary judicial decisions, must meet a truth requirement. This requirement is, therefore, a criterion of justification of judicial decisions. To build the argument, the article resorts to the analysis of the concepts of “judicial decisions”, “application” of general norms and “normative justification”. In addition, it reviews several forms of kelsenian skepticism on the truth requirement and holds that they fail.

Keywords

Judicial decision, application of norms, normative justification, truth.

Ricardo Caracciolo, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho. Correspondencia: Quiroga Sarmiento 4590, B° Alejandro Centeno, 5009 Córdoba, Argentina. ricardocaracciolo@yahoo.com.ar

* Agradezco las observaciones formuladas a este trabajo por un/a evaluador/a anónimo/a de *Isonomía* que han contribuido a mejorar su presentación. Formulo una respuesta en varias de las notas.

I.

1 En este trabajo voy a denominar “problema de los hechos”, al que resulta de la aplicación de normas jurídicas generales y que tiene que ver con la verdad de las proposiciones con contenido empírico que integran los textos de las sentencias en el derecho contemporáneo. Esto es, aquellas que describen los hechos sometidos a la evaluación judicial, *i.e.*, los que conforman la materia del litigio. Se asocia, obviamente, con la distinción que tradicionalmente se presenta en el derecho procesal entre las ideas de “verdad material” y “verdad formal” o “verdad procesal”. La cuestión no es, por supuesto, novedosa. Sin embargo, es notorio que existe una controversia abierta respecto al interrogante de saber si la verdad —y en su caso, qué clase de “verdad”— de esas proposiciones es —o no— una condición necesaria de justificación o corrección de las decisiones judiciales. Aquí, me propongo presentar un argumento a favor de la respuesta afirmativa. Para ello, voy a considerar esa pregunta desde la perspectiva de distinciones que no son habituales en la literatura y que conducen, como se verá, a ciertos resultados paradójicos.

2. Este problema se puede desagregar en una serie de cuestiones que explican el carácter problemático de la operación de aplicar normas generales, bajo el supuesto según el cual el derecho que los jueces tienen que aplicar —y que aplican de hecho— se integra con normas de este tipo. Interesa aquí el análisis de normas hipotéticas o condicionales —típicas en el derecho—, cuyo contenido se integra con la mención de una clase de hechos,¹ a la que se asocia una cierta consecuencia normativa, en especial, la calificación deóntica de cierta clase de acciones² mediante el uso de operadores deónticos, *v.g.*, “obligatorio”, “prohibido” o “permitido”. Se trata de una típica operación que tienen que realizar los jueces a la hora de adoptar las decisiones que constituyen las sentencias y que es, además, necesaria, para tornar operativas las normas generales en la dimensión empírica. En esta dimensión solo exis-

¹ Esta clase, y también las propiedades que la definen, se denominan “caso genérico”, en la terminología propuesta por C. Alchourrón y E. Bulygin en *Normative Systems*, Viena, Nueva York, Springer-Verlag, 1971, cap. 1.

² Lo que Alchourrón y Bulygin denominan “solución” [citado, nota 1]. Otras consecuencias jurídicas son, por supuesto, posibles.

ten sucesos o eventos, incluyendo a las acciones o comportamientos, localizados en el tiempo y en el espacio y no existen las clases. Parte del problema aparece cuando se exige que los jueces justifiquen los resultados de la aplicación de normas, es decir, que justifiquen las decisiones que adoptan, una exigencia impuesta incluso en las constituciones democráticas. Una sentencia no justificada es, en rigor, una sentencia arbitraria y, por lo tanto, en vista de esa exigencia, descalificable como acto jurisdiccional.³ No existe duda que la exigencia de justificación —asociada con la garantía de defensa en juicio— es especialmente acuciante en el dominio del derecho penal, toda vez que esos resultados importan para los individuos condenados la pérdida de bienes en extremo valiosos. Entonces, esta exigencia conduce a la pregunta: ¿qué relación hay entre justificar una sentencia y aplicar una norma? Por supuesto, ello depende de lo que signifique “aplicar” y “justificar” en el ámbito de las decisiones de los jueces.⁴

II.

1. El paradigma clásico de las decisiones judiciales⁵ incorpora una cierta idea acerca de lo que hay que entender por “aplicación del derecho”, cuando se lo considera —como sucede habitualmente— como un conjunto o sistema de normas *generales*. En rigor, esta idea es una propuesta conceptual que no se limita al ámbito jurídico, sino se presenta como una consecuencia de la naturaleza de las normas generales y se extiende, por lo tanto, a otros dominios normativos. Puede admitirse que,

³ Se trata de un estándar adoptado generalmente en la doctrina de varios tribunales superiores de justicia. De acuerdo con esa doctrina, semejantes sentencias no son válidas. Las sentencias son “válidas”, en este sentido, si, y sólo si, satisfacen las reglas procesales o constitucionales que regulan la producción de sentencias.

⁴ En el lenguaje jurídico común, el término sentencia se usa (ambiguamente) para designar un documento —elaborado de acuerdo a ciertas formalidades— que expresa la decisión del juez. Obviamente, se trata aquí del problema de justificar el contenido del documento, esto es, el contenido de la decisión o el acto de adoptarla, y no el documento mismo. *Cfr.* más adelante párrafo III, para los distintos sentidos de “decisión judicial”.

⁵ *Cfr.* R. Caracciolo, “El paradigma clásico de las decisiones judiciales”, en P. Comanducci, C. Redondo y H. Aguirre, *Perspectivas del Derecho entre Latinoamérica e Italia*, Córdoba, Alveroni, 2006.

de acuerdo a esa propuesta, *aplicar* una norma general N a un suceso S consiste en *usar* N para determinar una consecuencia normativa (la prevista genéricamente en el contenido de N) ante la ocurrencia de S. De ello se sigue un típico modelo de aplicación que adopta la forma de un *modus ponens*: una vez establecida N como punto de partida —esto es, como premisa de un argumento— la consecuencia normativa tiene que seguirse lógicamente de la descripción de S. Para ello es preciso que esta descripción muestre que S está incluido en la clase general prevista en N como una condición de esa consecuencia. Se dice entonces que S se “subsume” en la norma general. La subsunción, en este sentido, opera exclusivamente en el lenguaje, porque para llevarla a cabo lo que hay que hacer es describir al hecho o suceso S,⁶ usando los mismos predicados que caracterizan la clase general, es decir, adjudicar a S las mismas propiedades que identifican esa clase. Si el suceso no se describe de esa manera, no es posible aplicar N a S, es decir, N no es aplicable en el supuesto de S. Por el contrario, la aplicación muestra que S constituye un “caso individual” del “caso genérico” previsto en N. En rigor, la afirmación de que cierta norma N es aplicable a un cierto caso individual C es analítica, porque no hay “casos individuales” antes de la aplicación de una norma: C es un caso individual de N solo si N es aplicable.⁷

2. Como es obvio, como ocurre con relación al derecho penal, los “sucesos” a los que se aplican las normas pueden consistir en la realización de ciertas acciones, por ciertos individuos y en ciertas circunstancias de tiempo y espacio. Y las consecuencias normativas pueden consistir en la calificación normativa de la imposición de una pena, v.g., N1= “Todos los individuos que maten a otro individuo, deben ser condenados a prisión por el tiempo T”. De acuerdo a lo dicho, para que esta norma N1 sea aplicable a la conducta de cierto individuo A es *necesario* describir

⁶ Para evitar malentendidos lingüísticos, hay que decir que, a veces se caracteriza como “enunciado calificadorio” del tipo “x pertenece a la clase C” a los resultados de la operación de subsunción. Pero ello no afecta lo que se dice aquí, porque tales enunciados son equivalentes a la descripción de x en términos de las propiedades que definen la clase C.

⁷ Un “caso individual”, es un suceso o un hecho clasificado de acuerdo con el lenguaje de las normas. *Cfr.* de nuevo, C. Alchourrón y E. Bulygin [citado, nota 1]. Por lo tanto, de acuerdo con esta terminología técnica, no existen “casos individuales” pre-clasificados. Esto es, ningún suceso es un “caso” en relación con una norma antes de la operación de subsunción. Por supuesto, otras nociones de “caso” son posibles, pero no voy a discutir esta cuestión en este trabajo.

el comportamiento de A, como un caso de “matar a otro individuo”. Esta observación es realmente importante porque las acciones que efectivamente se realizan —al igual que cualquier hecho o suceso— pueden ser descriptas de múltiples maneras,⁸ o lo que es lo mismo pueden pertenecer a distintas clases de eventos.⁹ Por ejemplo, supóngase que se describa la acción de A como “disparar intencionalmente un revólver a B”. En tal supuesto, N1 es aplicable a la acción de A, si, y sólo si, *también* puede ser descripta como un acto de matar a otro. Y N1 sólo se *aplica* a esa específica acción si efectivamente es descripta como un acto de matar otro. Como la subsunción es una operación que se realiza exclusivamente en el plano del lenguaje, depende de los conceptos utilizados en la formulación de la norma o normas que se aplican y en los usos para describir la acción, esto es, de significados. Es más, como es habitualmente admitido, las normas se identifican con ciertos significados o, lo que equivale a lo mismo, son contenidos conceptuales asociados a ciertos textos legislativos o a ciertas prácticas lingüísticas. Las “normas” serían, entonces, resultados de la “interpretación” de esos textos o de esas prácticas. Ahora bien, como se trata de aplicar normas a hechos, el lenguaje utilizado finalmente en esa descripción de la acción tiene que habilitar la identificación de propiedades empíricas, porque los sucesos que ocurren, que han ocurrido o que ocurrirán sólo pueden ser identificados mediante el uso de predicados cuyas referencias *son* esa clase de propiedades.

3. Una especial cuestión surge al respecto cuando en el contenido de los textos, para caracterizar las condiciones de aplicación de las normas, se utilizan conceptos que *no* se refieren a características empíricas. Esto es, cuando ese lenguaje no sirve para identificar *directamente* un hecho, un suceso o una acción. Es lo que ocurre, al menos, en dos situaciones: a) cuando en la formulación de la norma que hay que aplicar se utiliza nociones técnico-jurídicas, que no pertenecen al lenguaje descriptivo usual. Por ejemplo, “homicidio”, “defraudación”, “abigeato”, “injuria”,

⁸ Sobre esta cuestión, D. González Lagier, *Questio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Bogotá, Temis, 2005, capítulo I.

⁹ Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin distinguen entre “subsunción individual” —la inclusión de un hecho en una clase—, y “subsunción genérica” —la inclusión de una clase de hechos en otra más general—, en “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

“contratar” etc.; b) cuando se usa una terminología con contenido evaluativo, por ejemplo, “buena fe”, “perversidad”, “dignidad” o “negligencia”. Por supuesto, la lista de semejantes conceptos evaluativos puede ser materia de controversia como así también la de saber si todos los conceptos utilizados en las normas son —o no— evaluativos o normativos.¹⁰ No interesa aquí ingresar en esa discusión. Lo que es preciso subrayar ahora es que, para que sea posible la aplicación a hechos de las normas así formuladas, es necesario *reducir* las propiedades asociadas con esas nociones a características empíricas, o lo que equivale a lo mismo, *traducir* ese lenguaje a uno apto para describir el mundo empírico. Así, por ejemplo, la acción de cometer un “homicidio” es —de acuerdo con el significado de esta expresión— considerada equivalente a matar a otro en ciertas circunstancias. Al igual de lo que ocurre con los términos teóricos de una teoría científica, hay que contar con reglas de correspondencia que los asocien con nociones observacionales. Esto también depende del lenguaje utilizado e incluye asimismo —vale la pena insistir— a los denominados conceptos evaluativos. Si no existen en ese lenguaje reglas conceptuales de ese tipo, o se niega la posibilidad de reducción, entonces habrá que concluir que las normas que utilizan esos conceptos *no se pueden aplicar* a hechos.

4. Lo que se supone, de acuerdo al paradigma clásico de las decisiones de los jueces, es que los textos en que consisten las sentencias (al menos las sentencias típicas) tienen que *mostrar* que resuelven un litigio mediante la aplicación de normas generales a un suceso —es decir, un caso individual. La solución consiste en emitir una norma *particular* para ese caso y conforma la denominada “parte resolutive” del respectivo documento. Para ello, como fue indicado, el suceso tiene que ser descrito en los mismos términos utilizados en las normas que aplica y, cuando sea necesario, hay que *mostrar* que estos pueden ser reducidos a términos descriptivos. Cualquier otra descripción impide el paso deductivo de las normas generales a la norma individual¹¹ Pero la sentencia así enten-

¹⁰ María Cristina Redondo presenta un argumento en favor de la respuesta afirmativa en “Sobre la justificación de la sentencia judicial”, incluido en C. Redondo, J. M. Sauca y P. A. Ibáñez, *Estado de derecho y decisiones judiciales*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

¹¹ A veces, en vez de usar el lenguaje de las normas, los jueces asumen implícitamente la premisa según la cual el suceso descrito como A pertenece a la clase B, prevista por las normas.

didada es el producto final de un proceso que involucra la adopción de varias decisiones:¹² se tiene que elegir las normas en función de los hechos descriptos, o se tiene que describir los hechos en función de las normas que se pretende aplicar. Las dos son versiones equivalentes de ese proceso en el sentido de que —finalmente— semejante aplicación no consiste en otra cosa que en una correspondencia entre contenidos de normas y descripciones de hechos. Aunque la subsunción propuesta por el juez puede ser discutible y discutida,¹³ lo importante es insistir que se trata de una operación intelectual que se realiza exclusivamente en el plano del lenguaje.

5. Por ello, no obstante su apariencia, este modelo, aunque necesario para reconstruir ese resultado final, no es sin embargo suficiente para decir que los jueces aplican normas a hechos. Los hechos no integran el lenguaje, no constituyen las premisas del *modus ponens* en que consiste la aplicación así entendida. La eventual idea de que el modelo suministra también una condición suficiente es consecuencia de un error sistemático en el uso de la expresión “aplicación a un hecho”: se entiende que N se aplica al hecho H cuando la descripción de H coincide con la descripción de un caso individual de N. Pero esto sólo puede describirse como la aplicación a una descripción. El único sentido en el que puede hablarse de una genuina aplicación *a un hecho* requiere agregar un cuantificador existencial a la descripción —esto es, el juez tiene que afirmar explícita o implícitamente la existencia temporal y espacial del suceso que describe (porque no se trata de una ficción o de un mero relato) y *además* la proposición resultante tiene que ser *verdadera*. Es decir, tiene que haber ocurrido un hecho, v.g., la realización de una acción por un cierto individuo en un tiempo *t* y en un espacio *e*, que efectivamente tiene que tener las características o propiedades que le adjudica su descripción. Si la proposición es falsa, no se aplica una norma a un hecho, sencillamente porque los únicos hechos son los hechos que existen o que han existido. Los jueces sólo aplican, entonces, normas jurídicas a hechos cuando las

Ello puede ser así, porque se supone que un hablante competente del lenguaje, puede comprender que esa premisa es verdadera.

¹² Cfr. C. Redondo [citado, nota 10], pp. 64 y ss.

¹³ Un problema semántico básico que puede conducir a una controversia en la subsunción es la vaguedad de los lenguajes usuales. No voy a ocuparme aquí de ese problema.

premisas empíricas de sus sentencias son verdaderas. Cuando la verdad es considerada irrelevante, habría que admitir que sólo participan en una especie de juego lingüístico, que seguramente cumple una función ideológica: la de satisfacer un mero ritualismo, que encubre la privación arbitraria de bienes.¹⁴

III.

1. El problema de los hechos reaparece cuando se considera la exigencia de justificación de las decisiones judiciales. Lo que hay que justificar en primer lugar, son las normas individuales en que consisten sus partes resolutivas. Una sentencia no justificada es una decisión judicial arbitraria y, según el *dictum* de los tribunales superiores, *no vale* como acto jurisdiccional. Ahora bien, la noción general de “justificación” remite a la idea de “razón”: para justificar algo, v.g., una acción, una norma o una creencia, hay que recurrir a razones. Por supuesto, existe una intensa controversia filosófica abierta en torno a la naturaleza de las “razones” o, lo que es lo mismo, acerca de la idea de racionalidad o de razón.¹⁵ En este trabajo, no es preciso avanzar en esa compleja discusión. Basta constatar que la exigencia —impuesta normativamente, incluso en textos constitucionales— según la cual los jueces *deben* justificar sus decisiones *en* el derecho vigente, *supone* que el derecho constituye o suministra razones a favor de ciertas decisiones y no de otras. Esta suposición tampoco será aquí puesta en tela de juicio.

2. Con todo, esa remisión al “derecho vigente” muestra una importante característica estructural de la noción de justificación: se justifica

¹⁴ No hay que confundir el problema de la exigencia de verdad de las proposiciones descriptivas de los hechos con la exigencia de prueba de esas proposiciones. Al respecto, *cf.*: más adelante, la discusión de las tesis kelsenianas. En este trabajo —vale la pena insistir sobre ello— no se discute posibles modelos para reconstruir los procesos probatorios.

¹⁵ Una discusión esencial es, por supuesto, la de saber si la razón puede alcanzar al ámbito de la práctica, v.g. si pueden existir razones para la acción. En la discusión contemporánea, se admite que una respuesta positiva es necesaria para entender la propia idea de “norma”. *Cf.*: J. Dancy, *Normativity*, Oxford, Blackwell, 2000.

en todo caso *con relación* a una o varias “razones”. Ello quiere decir que la expresión “justificación” designa —al menos— una cierta relación entre algún componente de un conjunto de “razones” (cuya naturaleza general puede quedar abierta) y algún componente de otro conjunto compuesto por aquello que hay que justificar (acciones, normas, deseos, creencias o proposiciones). Se trata de la relación que puede ser denominada “ser razón de”.¹⁶ De manera que toda justificación es relacional. Pero también la justificación puede ser relativizada en un segundo nivel, si se admite que existen o pueden existir conjuntos o dominios de razones recíprocamente excluyentes e inconmensurables respecto a su calidad de “razones”. Esto quiere decir que, v.g., una cierta acción A puede justificarse en un conjunto o dominio D (existe en D una razón para realizar A) y resultar injustificada en otro dominio D1 (existe en D1 una razón para omitir A), sin que exista un criterio que resuelva el conflicto entre D y D1. Lo que implica una versión *relativista* de la justificación. Si esta es o no la versión filosóficamente correcta de la idea de justificación es una cuestión que no será abordada en este trabajo.¹⁷ De nuevo, basta constatar que la exigencia de justificación *en* el “derecho vigente” (de acuerdo con el estándar de sentencia justificada), por una parte supone que la justificación “jurídica” de una acción es, o puede ser, distinta de su justificación “moral”, y por la otra que su justificación jurídica depende del contenido del derecho o sistema jurídico que se adopte como conjunto de referencia. De manera que pueda resultar justificada, v.g., en el derecho argentino, pero no en el derecho uruguayo. Como es claro, ello se corresponde con *una* concepción relativista de la justificación.

¹⁶ Cfr. R. Caracciolo “Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial”, en *Análisis Filosófico*, vol. VIII, núm. 1, 1988, incluido en R. Caracciolo, *El Derecho desde la Filosofía*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

¹⁷ Puede ser que, de acuerdo a alguna concepción jusnaturalista u objetivista de la moral, sólo existe un dominio privilegiado de razones para la acción. Para una idea semejante, los jueces sólo justifican sus decisiones si recurren a razones de ese dominio. Por consiguiente, los diversos “derechos positivos” vendrían a carecer de relevancia práctica —no podrían ser considerados dominios de “razones”. Ello es incompatible con la exigencia de justificación en el “derecho vigente” que se acepta en la práctica judicial del derecho contemporáneo. Si ese supuesto de semejante práctica es, o no, admisible desde un punto de vista filosófico es una cuestión que no integra el interrogante de este ensayo.

3. Si la idea de “justificación” se entiende de esta manera, esto es, como una relación *existente* entre razones y normas, acciones, o creencias, entonces la acción de “justificar” que se exige a los jueces no puede consistir en otra cosa que en mostrar que existe una relación de este tipo entre alguna razón o razones “jurídicas” y aquello que se justifica. También se supone en ese discurso, entonces, que la cuestión de cuáles sean esas “razones” *no depende* del arbitrio de los jueces. En rigor, ello es así porque se identifica el conjunto de “razones jurídicas” con el derecho objetivo, cuyo contenido, por definición, no depende de las decisiones de los jueces.¹⁸ Si se admite, como generalmente es el caso, que el derecho o, mejor, “los derechos objetivos”, se integran con normas u otros criterios normativos, puede denominarse “justificación normativa” a la relación de justificación jurídica.

4. Por “justificación normativa” entiendo una relación de justificación cuyo dominio son normas. Esto es, en este supuesto, las normas son consideradas o reducidas a razones. Pero hay dos tipos de candidatos para el conjunto de aquello que se justifica, es decir, para el contra dominio de una relación de justificación normativa: acciones y normas, cuya diversa naturaleza modifica el carácter posible de la relación de justificación. La distinción es importante¹⁹ porque la expresión “decisión judicial” es ambigua: por un lado, designa una acción de un juez, esto es, la elección de una solución a la controversia. Por otro, se refiere al contenido de la solución elegida. Si la solución es normativa, es decir, si impone un deber o confiere un permiso o facultad a algún o algunos individuos definidos, se trata de una norma individual con la que se identifica la parte resolutive de una sentencia.

5. En primer lugar, puede admitirse que un conjunto de normas C justifica otra norma N1 si, y sólo si, C implica lógicamente N1. Esto quiere decir que N1 se justifica, *v.g.*, en el derecho argentino, si, y sólo

¹⁸ Otra cuestión distinta es si existe el “derecho objetivo”. Como correctamente indica Cristina Redondo, una respuesta positiva implica que la denominada *questio juris*, involucra también un proceso cognoscitivo. *Cfr.* C. Redondo [citado, nota 10].

¹⁹ Para esta distinción, R. Caracciolo [citado, nota 16]. También E. Bulygin, “Cognition and Interpretation of Law”, en L. Gianformaggio y S. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turín, Giappichelli Editore, 1995; y J. Ferrer, “La motivación de las sentencias”, en *Isonomía*, núm. 34, abril 2011.

si, algún subconjunto incluido en el derecho argentino, implica N1. Por lo tanto, la relación de justificación de normas en otras normas, es idéntica a una relación de implicación. Pero la relación de implicación lógica no sirve para justificar una acción A porque *no hay* relaciones lógicas entre normas y hechos y la realización de una acción, por ejemplo, la elección de una solución por parte de un juez, es un hecho. En cambio, se puede decir que una norma N justifica una acción A si, y solo si, N permite u obliga la realización de A: esta relación se puede denominar “cumplimiento”. De esta manera, la acción A se justifica en el derecho D si, y sólo si, N pertenece a D. La distinción es importante, porque no hay duda que, en el derecho contemporáneo, las normas procesales *autorizan* u *obligan* a los jueces a elegir la solución del litigio sometido a su conocimiento. Es decir, están obligados o facultados a decidir. En eso consiste su “poder jurisdiccional”. O, lo que es lo mismo, su competencia. Como más adelante se verá, no es posible obviar esta dicotomía en el tratamiento del problema abordado en este trabajo.

6. De acuerdo con ello, si “decisión judicial” se entiende en el primer sentido, lo que hay que justificar es una norma individual, lo que depende, entonces, de su relación lógica con una norma general que pertenece al derecho (se supone que el derecho es el dominio de la relación). Pero aquí aparece el problema de los hechos a la hora de justificar una norma particular N1 en una general N. Las normas particulares sólo se siguen de normas generales condicionales si se incorpora una premisa que afirme la satisfacción *in concreto* de las condiciones de aplicación previstas *in abstracto* en el contenido de las normas.²⁰ Se trata de una premisa necesaria en la inferencia cuya conclusión es una norma particular. Por consiguiente, N1 solo se sigue de N si se agrega un enunciado E, descriptivo de un hecho incluido en la clase mencionada por N.

7. El agregado —como premisa— de un enunciado empírico que satisfaga esos requisitos es suficiente para garantizar la *validez lógica* de la inferencia que conduce de N a N1. Pero ¿es suficiente para justificar la norma individual? Semejante validez lógica es compatible con

²⁰ Por supuesto, si esas condiciones no se refieren a hechos, las normas no se pueden aplicar a hechos.

la falsedad del enunciado E, que funciona como un puente entre una norma general y una particular. ¿Pueden, entonces, los jueces, justificar sus sentencias con sustento en proposiciones falsas, aunque identifiquen correctamente el contenido del derecho? La respuesta parece que tiene que ser positiva, si se considera que basta para ello satisfacer una relación de justificación entre normas, esto es, una relación deductiva, porque esa relación es *independiente* de la verdad de semejantes proposiciones puente. Sin embargo, esa respuesta resulta de un equívoco. No tiene en cuenta que, para hablar con sentido de “justificación jurídica”, las normas generales tienen que ser asumidas como razones. De manera que, aunque necesaria, la relación deductiva —asimilada a la relación de justificación— no es suficiente si no opera sobre razones. Es decir, no hay “justificación” si uno de los términos de la relación *no es* una “razón”. Pero las normas generales consideradas “razones” son normas condicionales y ello quiere decir que sólo suministran razones para las normas particulares que se infieren de su contenido si se satisfacen las condiciones previstas.²¹ Esto es, si efectivamente tienen lugar ciertas circunstancias —es decir, si efectivamente ha sucedido un hecho, por ejemplo, la realización por parte de un individuo A de la acción descrita como “matar a otro”, si es que ese hecho es una de las condiciones previstas en la norma que se aplica. Lo que significa que, para que la norma general suministre una razón, la verdad de la proposición descriptiva de los hechos es una *condición necesaria*.²² Por el contrario, si esa proposición es falsa, la norma invocada por el juez no constituye razón alguna que justifique la sentencia. Dicho de manera más coloquial: la razón por la cual A debe ser sancionado es que todos los que maten a otro deben ser sancionados y A ha matado a B en el tiempo *t* y en el espacio *e*. Esta formulación en el metalenguaje de las normas es una conjunción. De manera que no hay razón para sancionar a A si no existe una norma N según la cual todos los que maten a

²¹ Ello quiere decir —vale la pena insistir— que la corrección lógica de la propuesta de la sentencia (esto es, la denominada “justificación interna”) en ningún caso es suficiente.

²² Lo que no sorprendente. También el modelo deductivo de explicación científica requiere la verdad de las proposiciones que describen las circunstancias antecedentes para que una la teoría general o un conjunto de hipótesis generales explique la ocurrencia de un hecho. Cfr. C. Hempel, *La explicación científica. Ensayos de filosofía de la ciencia*, Buenos Aires, Paidós, 1979, pp. 332 y ss.

otros deben ser sancionados, o no es verdad que A ha matado a B en el tiempo t y en el espacio e . En el lenguaje propuesto por Joseph Raz, *el hecho* de que A ha matado a B —y no su descripción— funciona como una “razón auxiliar” de la “razón operativa” constituida por la norma N.²³

8. De acuerdo con lo anterior, la verdad de las proposiciones descriptivas es un componente conceptual tanto de la aplicación de normas generales a hechos como de la justificación de normas particulares. Ello es así por tratarse, en rigor, de la misma operación considerada desde dos puntos de vista: aplicar una cierta norma general equivale a justificar una cierta norma individual y justificar una cierta norma individual no es otra cosa que aplicar una norma general.²⁴

IV.

1. Parece claro que si se acepta que los jueces tienen que aplicar a hechos, normas que integran el derecho objetivo preexistente —el “derecho vigente” en el lenguaje de los tribunales superiores— tienen que involucrarse en un proceso tendiente a determinar el contenido del derecho y a determinar cuáles son los hechos relevantes en el litigio. Es decir, tienen que llevar a cabo una actividad cognoscitiva, tanto en lo que respecta a la denominada *questio juris* como a la llamada *questio facti*.²⁵ Pero la exigencia del éxito en semejante empresa, en especial con relación a la segunda, ha sido, y es, puesta en tela de juicio como criterio de corrección de las sentencias judiciales. Ello equivale a negar que la verdad de las proposiciones empíricas constituya una condición de justificación de las sentencias. O si se quiere, a cuestionar que el “éxito” de las decisiones de los jueces dependa de esa condición. Se

²³ Cfr. J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Princeton, Princeton University Press, 1990, pp. 33-35.

²⁴ En todo caso, para que opere el *modus ponens* deóntico, son necesarias las premisas descriptivas de las condiciones de aplicación previstas en la norma general que se pretende aplicar. Hay que tener presente, de nuevo para evitar malentendidos, que las proposiciones clasificatorias implican esas proposiciones descriptivas [cfr. nota 6].

²⁵ Cfr. C. Redondo [citado, nota 10].

dice que el carácter práctico del proceso judicial determina un tiempo en el que hay que decidir.²⁶ La cuestión epistemológica (el conocimiento de los hechos) estaría, entonces, subordinada a la cuestión práctica: a) los medios probatorios de la verdad están restringidos y su uso sometido a las reglas de un proceso; b) finalmente, habida cuenta del carácter finito de ese proceso, se arriba a una decisión final no cuestionable, que adquiere la calidad de “cosa juzgada”. De aquí, entonces, la conocida tesis kelseniana según la cual los “hechos” del proceso se *constituyen* mediante la decisión judicial definitiva. Sin embargo, la idea de que existen dos clases de verdad empírica *no es* inteligible: la decisión de un juez no puede tornar verdadera una proposición factual falsa, ni falsa una verdadera (cualquiera sea la naturaleza de la verdad).²⁷ El carácter constitutivo de la decisión no puede entenderse, entonces, como constitución de la verdad. Pero se puede mostrar que, a pesar de la terminología utilizada, no es necesario comprender el argumento de Kelsen como uno que se dirige a proponer una dudosa duplicación de la noción de “verdad empírica”, sino, más bien, a mostrar la irrelevancia de la verdad. Voy a discutir tres variantes de interpretación de ese rechazo, que toman como punto de partida la propuesta kelseniana. No obstante, voy a sostener que son insuficientes para sustentarlo.

2. Es importante indicar que este argumento parte de una reconstrucción manifiestamente correcta de los procesos judiciales, tendientes a la aplicación de normas generales, de los cuales las sentencias son sólo los productos finales. En el derecho moderno, caracterizado por la centralización funcional, los jueces son individuos facultados por normas de competencia para intervenir en procesos semejantes, procesos usualmente también definidos por reglas de procedimiento establecidas de antemano en el denominado “derecho adjetivo”. Las decisiones sobre los hechos son también actos reglados de los jueces, tienen que consistir en resultados del denominado procedimiento probatorio, cuyo propósito no es otra cosa que la recolección de evidencias a favor

²⁶ Una buena exposición de este problema en B. Celano, “Judicial decision and truth. Some remarks”, en L. Gianformaggio y S. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turín, Giappichelli Editore, 1995.

²⁷ Una crítica contundente en este sentido, en E. Bulygin [citado, nota 19] y en C. Alchourrón y E. Bulygin [citado, nota 9].

o en contra de las proposiciones empíricas cuya verdad se discute judicialmente. En este indiscutible sentido, el cumplimiento de las reglas probatorias es también una condición *necesaria* de la validez jurídica de la sentencia, es decir, en el lenguaje de este trabajo, de su justificación. Lo que implica, también en este indiscutible sentido, que no hay hechos *jurídicamente relevantes* —hechos que los jueces tengan que tomar en cuenta— fuera o al margen del procedimiento probatorio. Lo que no es lo mismo que decir que no hay hechos existentes al margen del proceso. En el lenguaje de Kelsen:

En el mundo del derecho, no hay hechos “en sí mismos”, o “absolutos”; sólo hay hechos cuya existencia ha sido declarada por un órgano competente, dentro de un *procedimiento previsto por la ley*²⁸ (cursivas mías).

También:

Sólo al quedar establecidos a través de un procedimiento legal, aparecen los hechos en la esfera del derecho o, por decirlo así, adquieren existencia dentro de la misma. Si quisiéramos valernos de una formulación algo paradójica, podríamos decir que el órgano competente que determina la existencia de los hechos condicionantes, los “crea” jurídicamente. Por ello mismo, la función declarativa de ciertos hechos, a través del procedimiento jurídico, tiene siempre un carácter específicamente constitutivo.²⁹

3. Si se considera que aquí las expresiones “existencia”, “creación” o “verdad procesal” juegan un papel meramente metafórico —que no se oponen ni sustituyen a las correspondientes nociones de existencia o verdad empírica— parece que se intenta decir que el criterio esencial de validez de las sentencias³⁰ no incluye la verdad de las proposiciones

²⁸ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1988, p. 161.

²⁹ *Ibid.*, p. 161.

³⁰ Recuérdese [cfr. nota 3] que en este trabajo se adopta la noción usual en derecho procesal de “validez”, que se corresponde con la teoría de Kelsen, según la cual las decisiones judiciales son válidas sí, y sólo sí, se adoptan de acuerdo con las reglas que regulan la producción de sentencias en el derecho que concede competencia al juez. Nada se dice aquí sobre cuestión adicional de saber si “validez” significa también “fuerza obligatoria” de las decisiones que satisfacen

empíricas, sino la satisfacción de un procedimiento, especialmente, el correspondiente procedimiento probatorio. Así dice Kelsen:

La formulación correcta de la regla de derecho no es “si un sujeto ha cometido un delito, un órgano del Estado deberá aplicar la sanción al delincuente” sino esta otra “Si un órgano competente ha establecido *en debida forma* que un sujeto ha cometido un delito, entonces determinado órgano deberá aplicarle una sanción”³¹ (cursivas mías).

Lo que parece bastante sensato, cuando se advierte que lo único que pueden hacer los jueces es actuar sobre la evidencia acumulada en el proceso. Por consiguiente, el cumplimiento de las reglas probatorias no sería una condición meramente necesaria sino también suficiente de validez de las sentencias, es decir, de su corrección. Lo que se corresponde, asimismo, con la doctrina de algunos tribunales superiores según la cual el derecho vigente *debe* aplicarse a las circunstancias *comprobadas* de la causa. Esto puede expresarse mediante la afirmación según la cual la condición de un deber particular de aplicación, *no es* la verdad de una cierta proposición P, sino la prueba de P.³²

4. No obstante, es fácil advertir que esta maniobra no elimina el problema de la verdad empírica acerca de los hechos, porque sólo conduce a sustituir en la evaluación de las sentencias una clase de proposiciones empíricas por otra. Lo que implica, también, sustituir las condiciones de aplicación de las normas sustantivas, como consecuencia de entender de esta manera la aplicación de normas procesales. Así, el correspondiente texto del código penal, como resulta del párrafo de Kelsen, no diría:

N1) “Todos los individuos que maten a otro, deben ser sancionados”, sino más bien:

esos requisitos. La respuesta afirmativa —como se sabe— integra esencialmente la concepción de Kelsen.

³¹ H. Kelsen [citado, nota 21], p. 161.

³² Una discusión acerca de la afirmación “está probado que P”, en Jordi Ferrer, *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2005.

N2) “Todos los individuos respecto a los cuales se prueba que han matado a otro deben ser sancionados”.

Por lo tanto, habría que sustituir, para aplicar N2), en tanto descripciones de las condiciones de aplicación *in concreto* del código penal, a proposiciones del tipo:

1’) “A mató a B en el tiempo *t* y en el espacio *e*”,

por proposiciones del tipo:

2’) “Esta probado que A mató a B en el tiempo *t* y en el espacio *e*”

Como 2’) no implica 1’), ni 1’ implica 2’), es irrelevante para aplicar la norma N2 si es verdad o no que A mató a B.³³ Pero, obviamente, para aplicar 2, *tiene que ser verdad 2’*. Esto es, tiene que existir el hecho descrito por 2’. Efectivamente tiene que estar probado que A mató a B. En consecuencia, no existe ninguna ganancia teórica en la sustitución, si lo que se procura es eliminar la exigencia de verdad. Tiene, en cambio, un costo elevado en la dirección política, porque conduce a entender que la comisión de un delito *no es*, en modo alguno y de acuerdo con el derecho penal sustantivo, una condición para la imposición de una pena. Es discutible que se pueda interpretar la doctrina de aquellos tribunales superiores de esta manera contra intuitiva. En todo caso, ello no puede resultar sólo del carácter ineludible del procedimiento probatorio.

V.

1. El escepticismo kelseniano en punto al problema de los hechos puede ser, todavía, más radical, porque —sin duda— se origina en una plausible descripción de la dinámica de un proceso judicial. Hay otro sentido en que es legítimo decir que cada juez *constituye* los hechos del proce-

³³ Por cierto, como es usual, “probar” una proposición P no significa, en esta discusión, probar la verdad de P, sino acumular evidencia suficiente a favor de la verdad de P. Existe una discusión abierta acerca de lo que significa “suficiente”, en la que no es necesario ingresar aquí. Cfr. J. Ferrer, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

so: tiene que decidir acerca de los enunciados que va a usar para fundamentar su sentencia. Es decir, la decisión es *constitutiva* de la premisa empírica que es necesaria para justificar la norma individual de la sentencia. Pero Kelsen también señala que es también constitutiva en este sentido de otra proposición, a saber, la que tiene por probados los hechos del proceso, aquellos que son, finalmente, descriptos en la premisa empírica, si es que se trata de una sentencia internamente consistente.³⁴ Por consiguiente, la decisión del juez es también un pronunciamiento sobre otra clase de hechos, a saber, aquellos que consisten en el cumplimiento del procedimiento probatorio. Pero si la sentencia es recurrible, les corresponderá a los jueces superiores la revisión de ambas dimensiones, el carácter constitutivo de esas decisiones es, entonces, provisorio. Como dice Kelsen, el proceso mismo —entendido como un conjunto de acciones regladas— puede ser también materia de determinación judicial, en la medida en que éste previsto la actuación de instancias superiores. Estas pueden alterar —o no— las determinaciones de los hechos realizadas por los jueces anteriores. Pueden considerar verdaderas las proposiciones sobre los hechos que en la etapa anterior se calificaron como falsas, o viceversa. O pueden considerar vulnerado el procedimiento probatorio y concluir que no están probados los hechos en cuestión. O afirmar que los jueces originarios actuaron fuera de su competencia. Pero como no puede aceptarse un procedimiento judicial sin límites temporales, siempre habrá, en cada controversia, una decisión final del último tribunal, tanto sobre el contenido del derecho aplicable como acerca de los hechos, que no podrá ser revisada. Una sentencia que adquiere, por ello, la calidad de *cosa juzgada*. Lo que significa, entre otras cosas, que se clausura la discusión sobre la verdad o falsedad de las proposiciones empíricas que describen un caso particular, v.g., la que afirme que cierto individuo A ha cometido un homicidio. La controversia ha finalizado con la última decisión sobre la cuestión práctica suscitada ante los jueces. El comportamiento de los jueces superiores y sus resultados, entendidos como “hechos”, no pueden ser materia de otro litigio. Hay que admitir —dice Kelsen— que se trata de hechos *en sí*, en oposición a aquellos que pueden —todavía— ser materia de una determinación judicial, imposible en el

³⁴ H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979. pp. 246 y ss.

supuesto de la sentencia final.³⁵ En este otro sentido, habría que admitir que esta decisión *constituye* los “hechos jurídicos” ahora definitivamente, esto es, en el sentido que son los hechos que se describen en las premisas empíricas *del último pronunciamiento judicial*.

2. Para evaluar esta propuesta que, *prima facie*, constituye una aceptable presentación del proceso judicial, hay que advertir, de nuevo, que esta idea de “constitución de los hechos” no implica su genuina existencia o no existencia en el mundo empírico ni, consiguientemente, la verdad ni la falsedad de las premisas que los describen. Por lo tanto, la tesis de Kelsen no tiene necesariamente que interpretarse como una que sostiene extrañas nociones, específicamente jurídicas, de “existencia” o de “verdad”.³⁶ La crucial conclusión consiste, más bien, en *negar la relevancia de la verdad* como criterio de validez de la sentencia final, y por ende, de todas las sentencias.³⁷ Las decisiones de los jueces serían, entonces, válidas, aunque se sustenten en premisas falsas, lo que equivale —de acuerdo con el argumento de este trabajo— que la aplicación a los hechos del proceso de las normas que integran el derecho vigente no integra las condiciones de validez de las sentencias.³⁸ Como se admite que las sentencias arbitrarias no son válidas, se sigue que semejante aplicación *tampoco* vendría a

³⁵ H. Kelsen [citado, nota 34], p. 250.

³⁶ Ello a pesar del paralelismo que Kelsen propone entre procedimiento judicial y “construcción” epistemológica del objeto de conocimiento, Kelsen [citado, nota 34, p. 251], idea de la que no voy a ocuparme. Me importan, en cambio, las reconstrucciones posibles del punto de partida kelseniano.

³⁷ Cualquier sentencia de cualquier juez puede ser la sentencia “definitiva”. El discurso de la verdad sólo vendría a satisfacer una función retórica en el juego interno de un proceso judicial. Es interesante indicar que, a pesar de sus críticas a Kelsen, tampoco para Alchourrón y Bulygin, la verdad de las premisas empíricas constituye un criterio de validez: para estos autores las sentencias definitivas son válidas, aunque los jueces cometan errores. *Cfr.* C. Alchourrón y E. Bulygin [citado, nota 9], p. 312. El argumento para esa afirmación es semejante al de Kelsen: la ausencia de un procedimiento de revisión.

³⁸ Es verdad que Kelsen, para enfrentar este problema, recurre a su propuesta según la cual todas las normas generales están dotadas de una cláusula alternativa tácita que vendría a autorizar a los jueces a apartarse del contenido explícito de esas normas y a resolver según cualquier otro criterio. Por supuesto, ello equivale a decir que la validez de las sentencias —en un todo de acuerdo con la reconstrucción de este trabajo— no depende de la aplicación de norma alguna. Sobre esta cuestión, J. Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

constituir un criterio de justificación. Pero, entonces, ¿cuál es o puede ser el criterio o criterios de justificación de las sentencias? Lo cierto es que en la medida en que no se propone otro criterio alternativo más allá de la última decisión de los jueces de última instancia, una tesis semejante equivale a evaporar cualquier exigencia de corrección o de justificación. Por lo tanto, no habría distinción que hacer entre “sentencias justificadas” y “sentencias arbitrarias”. Tanto el contenido del derecho como la cuestión de saber a quién o quienes hay que imponer una pena, sería así una pura función de la ideología de los jueces del último tribunal. Pero semejante escepticismo no se puede defender *sólo* con la indiscutible constatación de que existen —en todo caso— sentencias de última instancia. Se trata de un genuino *non sequitur*, porque el hecho de que no puedan ser revisadas *no impide* calificar de arbitrarias a las sentencias de los últimos tribunales que no se sustenten en el derecho vigente y en proposiciones verdaderas acerca de los hechos de la causa. Sólo se sigue que algunas sentencias definitivas, son, o pueden ser, arbitrarias, lo de que ninguna manera es sorprendente.³⁹ Por lo tanto, no basta para descalificar la exigencia de verdad.

3. Sin embargo, aun cuando se admita esta objeción, la correcta tesis kelseniana según la cual para que sea posible la aplicación centralizada de normas generales es esencial establecer, por un lado, la competencia de los jueces para verificar la existencia de los hechos condicionantes y, por otro, un procedimiento reglado de verificación, puede conducir a proponer otra noción de justificación o corrección de las decisiones de los jueces, una independiente de la verdad de las proposiciones descriptivas de los hechos. Después de todo, es posible que un juez competente, es decir, *autorizado* para adoptar esas decisiones cumpla con todas las reglas del proceso y tenga en cuenta todas las pruebas producidas y, sin embargo, la proposición existencial puede ser falsa. Ello vendría a significar que la norma individual no se justifica en las normas generales invo-

³⁹ Lo que implica que algunas sentencias definitivas tendrían que considerarse inválidas. El problema con Kelsen es su tesis según la cual no pueden existir sentencias inválidas. Pero esto no se sigue de la mera circunstancia empírica de que los jueces emiten sentencias ilegales. Esta cuestión se discute en mi trabajo “Paradigmas de decisión judicial”, en *Revista Brasileira de Filosofia*, año 61, vol. 238, 2011.

cadadas en su sentencia, aunque no se tengan objeciones dirigidas a la conducta de los jueces, ¿cómo explicar esta aparente paradoja?

4. Parece que para ello puede servir la distinción ya indicada entre justificar normativamente una norma y justificar normativamente una conducta. Puede ser, entonces, que la norma individual no se justifique porque una cierta proposición P, descriptiva de los hechos es falsa, pero que se justifique la decisión de adoptarla como premisa. Ello sucede si le está permitido o es obligatorio para el juez, según las normas de procedimiento, adoptar P como premisa. O viceversa, puede ser que esa decisión esté prohibida, en cuyo caso el acto del juez no se justifica, aunque la proposición P sea verdadera, y en consecuencia se justifique la norma individual. Pero esta propuesta de solución es también paradójica porque los actos de elección y las normas particulares elegidas por los jueces no son independientes: estas son resultados de acciones que se *definen* como la producción de ese resultado. Por lo tanto, no se pueden evaluar con criterios independientes. La idea de que los jueces estarían autorizados a emitir sentencias arbitrarias no parece inteligible. Para evitar este problema —y mantener la exclusión de la verdad— lo que hay que hacer es admitir que la justificación de la norma individual es *una función exclusiva* de la justificación de los actos de los jueces: se justifican sí, y sólo sí, son adoptadas por los jueces competentes, esto es, por aquellos que están autorizados para decidir acerca de las normas aplicables y acerca de cuáles son los hechos comprobados en el proceso. No habría, entonces, cuestión alguna acerca del contenido de las sentencias como criterio de justificación. Pero esta maniobra conduce a otro resultado paradójico: los jueces estarían autorizados por el propio derecho a *omitir* la aplicación del derecho objetivo vigente, porque la aplicación supone la verdad de las proposiciones empíricas. En rigor, por la misma razón, estarían también autorizados para decidir al margen de cualquier norma general. O lo que es lo mismo, estarían autorizados a imponer penas a cualquier individuo con total prescindencia de cualquier condición, esto es, de las acciones que efectivamente haya realizado. Pero esta escéptica conclusión, que equivale a postular la total irrelevancia del derecho sustantivo, es también resultado de un error, porque de la indudable independencia de la verdad objetiva, tanto del procedimiento probatorio como de las creencias de los jueces, lo que explica porque algunas premisas aceptadas por los jueces

pueden ser falsas, *no se sigue* la imposibilidad de sustentar las sentencias en premisas verdaderas. Es decir, no se sigue la imposibilidad de satisfacer un criterio sustantivo de justificación. Esta última maniobra teórica no es, entonces, tampoco suficiente para rechazar la exigencia normativa de verdad de las proposiciones descriptivas de los hechos como un componente de las decisiones judiciales.

Recepción: 15/11/2012

Revisión: 12/2/2013

Aceptación: 27/2/2013