

DOCTRINA

## Elementos para un modelo de decisión judicial correcta

*Elements for a model of correct judicial decision*

Flavia CARBONELL BELLOLIO

*Universidad de Chile*

**RESUMEN** Este artículo busca, en primer lugar, agudizar la comprensión de la decisión judicial, moviendo el foco de atención desde la decisión final hacia los enunciados, decisiones y operaciones que la componen. En segundo lugar, propone una forma de entender la corrección que permite acoger distintos tipos de criterios. En tercer lugar, incluye como perspectiva de análisis ciertos elementos que influyen en el sentido del juicio que afirma la corrección de la decisión y que son más amplios que la sola consideración de los denominados «argumentos interpretativos». En cuarto lugar, ensaya una manera de agrupar los criterios de corrección que, por una parte, pone el énfasis en la cosa que se contrasta (enunciados, decisiones) y, por otra, da cuenta de la diversidad de parámetros de contraste de los que puede echar mano quien decide o analiza una decisión judicial.

**PALABRAS CLAVE** Decisión judicial, criterios de corrección, argumentación jurídica, aplicación del derecho.

**ABSTRACT** This paper looks at, first, sharpening the understanding of judicial decision, moving the focus from the final judicial decision to the statements, decisions and operations that constitutes it. Second, it proposes a way of looking correctness that comprehends different types of criteria. Third, it includes in the analysis elements that influence the judgment of correctness concerning a judicial decision, wider than the sole consideration of interpretative arguments. Fourth, it tries a way of grouping the criteria of correctness that, on the one hand, emphasizes the thing under contrast (statements, decisions) and, on the other, accounts for the diversity of contrasting parameters that may be used by who is adopting or analyzing a judicial decision.

**KEYWORDS** Judicial decision, correctness criteria, legal argumentation, adjudication.

## Introducción

Qué ha de entenderse por decisión judicial correcta es una pregunta que atraviesa o subyace a diversas propuestas de teóricos y filósofos del derecho. En el juicio que afirma la corrección de una decisión judicial determinada están en juego definiciones o elucidaciones conceptuales (qué se entiende por *decisión judicial* y por el predicado *corrección*) y un conjunto de presupuestos y posiciones —teóricas e ideológicas— frente al derecho.

Así, por ejemplo, cuando un positivista afirma que se trata de una decisión incorrecta porque el juez se encuentra fallando *contra legem*, dice algo de primera importancia dentro de su concepto de derecho, interpretación y aplicación del derecho: por usar expresiones generales, puede estar diciendo que se trata de una decisión contraria a derecho, ilegítima, o que constituye una respuesta institucional disfuncional, excedida de sus competencias, infundada o inválida. Su afirmación, por tanto, involucra no solo la consideración de la decisión judicial particular, sino qué se entiende por derecho, por interpretación y por aplicación del derecho. Involucra respuestas a preguntas como: si los principios morales invocados para no atribuir los efectos jurídicos prescritos por la norma que regula el supuesto de hecho en cuestión forman o no parte del derecho; si le es permitido al juez realizar una interpretación del material normativo como la efectuada; si el juez puede inaplicar una norma por considerarla inconstitucional (pese a la existencia de un sistema concentrado de declaración de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico en cuestión); si esta forma de resolver se encuentra cubierta por la discrecionalidad del juez; si la justicia «material» constituye o no una razón suficiente para desplazar normas jurídicas válidamente aprobadas por el legislador democrático. Las respuestas de un positivista que adhiera a la teoría kelseniana será diversa —para hacer un contrapunto que parece poco discutible— a la que daría quien lo haga desde las tesis dworkinianas. Dicho de otra manera, es posible que en un caso se afirme la corrección de la decisión y en el otro su incorrección, y esta divergencia se deba a que cada uno asuma tesis contrapuestas al emitir su juicio de corrección o incorrección.

Un modelo de decisión judicial correcta tiene por objeto determinar cuáles son los elementos que conforman la decisión y que influyen en el juicio de corrección sobre esa decisión. El presente escrito constituye una propuesta para agrupar aquellos elementos.

## Puntos de partida conceptuales

Partiré señalando qué entiendo por *modelo* y qué entiendo por *corrección*.

Wróblewski define *modelo* como un «método de representación del fenómeno que se analiza o propone». A partir de aquí, distingue tres tipos de modelos: des-

criptivos, normativos y mixtos.<sup>1</sup> Siguiendo una línea analítica parecida, Comanducci identifica tres aproximaciones al razonamiento judicial: descriptiva, prescriptiva y teórica (1999a: 73 y ss.).<sup>2</sup> Si bien estas aproximaciones se inspiran en Wróblewski, la distinción de Comanducci me parece más clara que la de aquél, especialmente por separar la perspectiva descriptiva de la teórica. La *aproximación descriptiva* es «la que consiste en presentar una descripción del razonamiento judicial», sea éste entendido como la descripción de las actividades mentales del juez en relación a un caso (razonamiento-actividad), como la descripción de «los documentos producidos por el juez como motivación de derecho y de los hechos de las sentencias» (razonamiento-documento), o como la descripción de «los documentos producidos por el legislador para prescribir cómo debe desarrollarse el razonamiento judicial» (razonamiento-documento). En este último caso, como previene el autor, hay que considerar que «describir normas» es problemático porque el enunciado «describir normas» incluye la interpretación de los textos de fuentes del derecho, y según se conciba esa actividad (como actividad cognitiva o volitiva) se podrá continuar o se tendrá que dejar de hablar de aproximación descriptiva. La *aproximación prescriptiva* «consiste en presentar valoraciones acerca del modo de razonar de los jueces o directivas acerca de cómo deberían razonar los jueces» y podría aplicarse al razonamiento-actividad del juez y al razonamiento-documento, sea del juez o del legislador. Comanducci llama *aproximación teórica* a aquella que «consiste en presentar un modelo de razonamiento judicial» (Comanducci, 1999a: 79 y ss.). Siguiendo a otro autor, entiende por *modelo* «una construcción artificial que reproduce, en forma simplificada, un fenómeno de la realidad social o un fenómeno imaginario con el fin de facilitar el estudio del fenómeno mismo o de un problema relacionado con éste» (Robilant, 1968: 80-81).<sup>3</sup> Así, un

---

1. Dentro de los *modelos descriptivos*, distingue entre un modelo de generalización (a partir de material empírico o de datos que provienen de descripciones funcionales o psicológicas), y un modelo teórico, que entiende la aplicación judicial del derecho como un caso de aplicación de una teoría de mayor nivel y generalidad. Ejemplo de modelos descriptivos de generalización son los modelos decisionales; ejemplos de modelos descriptivos-teóricos son el modelo sustantivo decisional, el modelo informacional y el modelo funcional. El *modelo normativo* es aquel que establece directivas sobre cómo debiese ser la aplicación judicial del derecho, y se basa, consiguientemente, en axiologías o ideologías determinadas. Wróblewski identifica dos grandes tipos de modelos normativos: el modelo legalista y el modelo extralegal (que a su vez puede ser político o doctrinal). Como ejemplo de *modelo mixto* el autor propone el modelo de la aplicación racional del derecho, que puede ser considerado descriptivo, normativo, o en parte descriptivo y en parte normativo (1992: 23 y ss.).

2. Ésta y todas las traducciones de textos originales en italiano son de la autora.

3. En realidad, este autor distingue cuatro significados posibles de modelo: 1) el empleo que Hart hace de la palabra «modelo» —es decir, el modelo de Bentham—, que es un esquema que intenta reproducir en líneas esenciales y en forma contraída cualquier cosa que exista en la experiencia, a efectos de verificar cierta correspondencia entre lo que se describe y la realidad; 2) modelo como ejemplo o prototipo, que no intenta reproducir la realidad, sino que se trata de una forma imprecisa de concebir o abordar un

modelo teórico es diverso a la aproximación descriptiva sobre el razonamiento judicial, toda vez que no se propone describir el razonamiento judicial en general o de un tiempo y lugar determinado, sino reproducirlo simplíficadamente con fines explicativos.<sup>4</sup> Difiere también de la aproximación prescriptiva ya que no se propone valorar o prescribir comportamientos. Ello no implica, parece sugerir Comanducci, que un modelo teórico no pueda contener elementos descriptivos (por ejemplo, incorporar las directivas interpretativas comúnmente empleadas por los operadores jurídicos) y prescriptivos (como lo serían los presupuestos de un modelo, por ejemplo, entender la interpretación como un proceso volitivo).

En igual sentido, Barberis explica que el modelo teórico constituye una representación simplificada, funcional a ciertos objetivos y alternativa respecto de otras. Es simplificada en tanto no da cuenta de todos los aspectos del fenómeno jurídico en cuestión; es funcional a ciertos objetivos, por ejemplo, fines cognoscitivos o mediamente directivos; es alternativa en el sentido de que pueden construirse diversos modelos según los aspectos que se elijan y los fines que se persigan (Barberis, 2000: 161). Así, el modelo como construcción artificial no reproduce todos los elementos que componen el fenómeno, sino que da cuenta de su estructura; tampoco es «meramente descriptivo, sino selectivo e interpretativo»; no es arbitrario ni puramente convencional, a diferencia de las definiciones; se relaciona con la experiencia en tanto representa la estructura de un fenómeno de la experiencia social; admite falsificación empírica —por ejemplo, porque no representa algún elemento del fenómeno—, pero no admite verificación ni conlleva una reproducción «correcta» del fenómeno; no se trata de conceptos meramente ideales, sino de orientaciones metodológicas para estudiar la realidad (Robilant, 1968: 80 y ss.).<sup>5</sup>

---

problema —por ejemplo, los «modelos» para analizar la ciencias jurídica propuestos por Bobbio—; 3) modelo como esquema normativo del comportamiento, o como una norma que contiene un arquetipo de comportamiento; 4) modelo como construcción artificial y experimental, en sede teórica, para el análisis de un fenómeno de la realidad social, y que tiene como función mostrar conexiones y relaciones. En este último significado encuadra la definición citada en el texto principal (Robilant, 1968: 68 y ss.).

4. Como explica claramente Comanducci, «todas las descripciones tienen su punto de partida en datos empíricos y mediante procesos de abstracción y generalización tratan de llegar a formulaciones que den cuenta del mayor número posible de fenómenos»; mientras que «el modelo que deriva de la perspectiva teórica es un *análogon* de los fenómenos empíricos, pero no se obtiene de estos inductivamente ni pretende dar cuenta de ellos directamente» (Comanducci, 1999a: 77).

5. Ideas similares están presentes en filosofía de la ciencia. Véase, por ejemplo, Bailer-Jones, 2003 y 2009. En el primer texto, la autora define modelo como «una descripción interpretativa de un fenómeno (objeto o proceso) que facilita el acceso perceptual e intelectual a dicho fenómeno» (61). «Fenómeno» hace referencia a las «cosas que suceden» en el mundo. El acceso a ese fenómeno puede ser sensorial o intelectual, y se entiende por acceso el hecho de proporcionar información interpretada o expresada de manera eficiente a quienes comparten la misma búsqueda intelectual. Un modelo, pues, tiene como función facilitar el entendimiento y comprensión de un fenómeno. El empleo de la expresión «descripción

Mi pretensión aquí consiste en identificar elementos para un modelo teórico de decisión judicial correcta en el sentido antes delineado: una construcción que representa simplícidamente un fenómeno de la realidad jurídica que he identificado como «decisión judicial correcta»; un modelo explicativo que pueda incorporar diversos usos del predicado corrección y una determinada forma de entender la decisión judicial; un modelo, en fin, que pueda servir de orientación metodológica para analizar un enunciado del tipo «ésta es una decisión judicial correcta», emitido por el propio juez que decide o por un tercero que analiza la decisión de un juez.

Como he propuesto en otro lugar, me parece que, dada la multiplicidad de sentidos en el que es usado el predicado corrección en el derecho por parte de juristas, teóricos y operadores del derecho, es relevante distinguir, en un primer momento, dos niveles de significado: un significado genérico de corrección y significados específicos de corrección.<sup>6</sup>

El significado genérico consiste en detectar el denominador común que subyace a los usos heterogéneos del término *corrección* en los discursos sobre el derecho.<sup>7</sup> Este denominador común es su *contenido estructural*: corrección se emplea siempre en el campo jurídico —aunque no solo aquí— para dar cuenta de una relación de ajuste de una cosa con otra; o para describir el resultado de una operación de contraste entre una cosa y un parámetro o criterio prefijado. Cuando el ajuste se produce, o el contraste arroja conformidad, se dice que la cosa objeto de comparación es correcta; en caso contrario, se dice que es incorrecta. Así, funciona como un designador flexible de una relación de ajuste de cualquier contenido epistémico o axiológico —esto es, de una relación que se da entre diversas cosas y diversos parámetros— que se valora positivamente por quien emite el juicio.

En lo que sigue, emplearé *correcta/o* y *corrección* como un adjetivo y un sustantivo, respectivamente, en este sentido estructural (esto es, sin vincularlo con «un» contenido «material» determinado, más allá del carácter positivo genérico que parece atribuírsele en cualquiera de sus usos). Ello permite considerar la palabra *corrección* como un paraguas terminológico que posibilita la reconstrucción de distintos debates filosófico-jurídicos que versan sobre qué es lo que hace a una decisión judicial

---

interpretativa» en la definición quiere dar cuenta de que los modelos son sólo parcialmente descripciones fenomenológicas, ya que incluyen idealizaciones o simplificaciones, y analogías a otras descripciones interpretativas y presupuestos teóricos. En tanto incluyen idealizaciones o aproximaciones, puede contener proposiciones falsas o bien no cubrir todos los aspectos del fenómeno en cuestión; es por ello que no pueden ser calificados de verdaderos o falsos.

6. Parte de lo que viene en los párrafos siguientes reproduce algunas de las ideas sostenidas en Carbo-nell (2015) por ser necesario ese aparato conceptual para la propuesta que aquí realizaré.

7. En realidad, me parece que este significado genérico también sirve como punto de partida para el análisis de la idea de corrección en los discursos filosóficos sobre la ciencia o sobre la moral, aunque claramente no es posible en este lugar detenerme en ello.

una decisión correcta. En efecto, nociones como *verdad* y *objetividad* desempeñan una función homóloga a la de corrección en distintas teorías científicas, morales y jurídicas: hacen referencia al resultado de una relación de ajuste y singularizan el parámetro con la que la cosa bajo examen se contrasta.<sup>8</sup>

Ahora bien, cuando la pregunta ya no consiste en saber qué significa genéricamente *correcta/o* y *corrección*, sino que se quiere indagar en el significado específico que le asigna quien emite un juicio de corrección<sup>9</sup> respecto a una decisión judicial determinada (sea éste quien enjuicia —el juez— o el analista), hay que clarificar cuál es el objeto del que se predica corrección y cuál es el criterio o parámetro con el cual se contrasta.

En un segundo momento, se hace necesario distinguir entre juicios «holísticos» de corrección de la decisión judicial —entendiendo por tales los que se aplican a la decisión judicial «final»—, y juicios de corrección fraccionados —entendiendo por tales los que se aplican a los enunciados y subdecisiones que componen la decisión judicial.

## Elementos para un modelo

Un modelo de decisión judicial correcta que permita una mejor comprensión de lo que se entiende por «decisión judicial correcta» requiere tener en cuenta distintos elementos, de distinta naturaleza. En primer lugar, una distinción entre tres significados específicos de corrección. En segundo lugar, el hecho de que las decisiones judiciales se realizan dentro de un marco procesal. En tercer lugar, factores o posiciones teóricas e ideológicas que influyen en el juicio de corrección de las decisiones judiciales (teorías e ideologías del concepto de derecho, interpretación jurídica y aplicación judicial del derecho). En cuarto lugar, una manera de entender las decisiones judiciales.

### Tipología de significados específicos de corrección

Teniendo presente la idea genérica de corrección como relación de ajuste que compara algo con un parámetro de contraste, es posible distinguir algunos significados

---

8. Así, en la frase «este enunciado es verdadero», el enunciado es el objeto que se contrasta con un parámetro, en este caso, un criterio de verdad —por ejemplo, verdad como correspondencia o verdad como coherencia—, y dicho contraste arroja la calificación del enunciado como «verdadero». También podrían incluirse aquí, aunque no las desarrollaré, las nociones de bondad, justicia y racionalidad. «La decisión judicial es justa», por ejemplo, correlaciona el objeto «decisión judicial» con un criterio de corrección, como puede ser la justicia entendida como satisfacción de las reglas de una concepción procedimental de la justicia, o una utilitarista o una comunitarista.

9. De acuerdo a lo anterior, en lo que sigue entenderé por *juicio de corrección* el enunciado que expresa el (des)ajuste o contraste entre un enunciado sobre hechos, o una norma, acción o decisión, y los parámetros fijados por una determinada tesis o teoría.

específicos o tipos de corrección: corrección epistémica, corrección axiológica y corrección lógica.

Por una parte, los adjetivos *correcto* e *incorrecto* se emplean para calificar versiones o *enunciados sobre hechos*. Más ampliamente, se predicán de las *afirmaciones* que cumplen con determinados criterios de validación. Desde un punto de vista epistémico, decir que un enunciado es correcto equivale aproximadamente a afirmar que es verdadero. Ello significa que su calificación como *correcto* implica una *operación cognitiva* de contraste entre el enunciado y un criterio, ya sea que este último se refiera a la comprobación de la ocurrencia de hechos en el mundo físico, ya sea que se relacione con la correspondencia o coherencia de una afirmación con un conjunto más amplio de afirmaciones, entre otros criterios. En adelante, usaré indistintamente las expresiones «corrección como problema epistémico» y «corrección epistémica» para referirme a este tipo de corrección. Un ejemplo de este primer significado específico de corrección sería «Antonio compró veneno para ratones en el supermercado el día 21 de mayo» (*E*) es un enunciado que ha resultado probado en el juicio»; o, reformulado, «*E* es verdadero».<sup>10</sup>

Se trata de una *operación de comprobación* del ajuste entre un enunciado y un criterio para su *verdad* (entendida, mayoritariamente como verdad como correspondencia). Así, un juicio de corrección epistémica es una fórmula para validar enunciados descriptivos que apela a alguna forma de comprobación empírica o al cumplimiento de ciertas condiciones para tenerlos por verdaderos.

Por otra parte, los adjetivos *correcta* e *incorrecta* califican *acciones, normas o decisiones* cuando cumplen con determinados criterios o estándares fijados por la moral o el derecho. En un sentido axiológico, afirmar que una acción, norma o decisión es correcta equivale, dependiendo del postulado teórico que se siga, a afirmar que es buena, válida o justa, lo que requiere de una *operación de valoración* que compara la acción, norma o decisión con un criterio o estándar moral o jurídico. Aquí las acciones, normas o decisiones tienen en común que son productos humanos susceptibles de evaluación, en tanto normalmente conllevan una toma de posición ético-normativa.<sup>11</sup> En lo que sigue, usaré indistintamente las expresiones «corrección como problema axiológico» y «corrección axiológica» para referirme a este tipo de corrección. Ejemplos del uso de corrección en sentido axiológico son: «Los textos T significan N es una interpretación mala/incorrecta/injusta»;<sup>12</sup> «La decisión del juez de calificar

---

10. Como el lector detectará, la reformulación no hace equivalentes los enunciados; sin embargo, recoge una sinonimia común que alude a que el hecho que se describe ocurrió en realidad.

11. Dejo fuera de este estudio las acciones o decisiones que no implican operaciones de valoración, por ejemplo, aquellas que resultan del azar.

12. Para entender este juicio como ejemplo de corrección axiológica es necesario adherir a una teoría escéptica de la interpretación, según la cual el significado de la norma no se «conoce», sino que se «atribuye» por el intérprete.

la acción de Antonio como delito de homicidio —y no como cuasidelito de homicidio, como alegaba la defensa— es jurídicamente correcta»;<sup>13</sup> «La acción de Antonio de dar de beber agua envenenada a su novia, causándole la muerte, es moralmente reprochable/incorrecta».

La relación de ajuste de tipo evaluativo se da entre una norma o decisión y un criterio moral (criterio moral tal como imparcialidad, justificación, racionalidad, universabilidad, coherencia axiológica, consenso moral, o algún otro argumento interpretativo de los que integran la tradición jurídica de los sistemas occidentales de derecho legislado). Estos parámetros evalúan, básicamente, la «validez», «bondad» o «justicia» de aquella norma, acción o decisión; dicho de otra manera, consagran preferencias éticas, jurídicas y políticas.

A esta gran clasificación entre corrección epistémica y corrección axiológica<sup>14</sup> es posible agregar la categoría «corrección lógica». La corrección lógica se predica de la conclusión que se deduce lógicamente de las premisas; es decir, consiste en una relación de ajuste entre las premisas y la conclusión y es el resultado de una *operación de subsunción*. En este caso, la conclusión es la propia decisión judicial final que, desde el punto de vista de la justificación interna, asume la forma de un silogismo.<sup>15</sup>

## Marco procesal

Un siguiente elemento a considerar consiste en comprender la decisión judicial dentro de un determinado marco procesal. Desde esta perspectiva, la corrección de la decisión consiste en su conformidad con las normas procesales, de competencia y

---

13. Al igual que en el ejemplo anterior, para entender este juicio como ejemplo de corrección axiológica se requiere asumir que la calificación jurídica de un hecho es una decisión que involucra valoraciones.

14. Podría pensarse que esta es una distinción similar a la que utiliza Diciotti cuando señala que hay dos sentidos en que los juicios interpretativos pueden ser calificados como correctos: correctos en el sentido de *verdaderos*, correspondientes a hechos o fundado en hechos; correctos en el sentido de *justos*, fundados en normas y valores. Sin embargo, la distinción de este autor se aleja de la aquí propuesta porque: a) se limita a juicios interpretativos, es decir, a enunciados que interpretan textos o fuentes del derecho (y que aquí se consideran parte de la premisa normativa); b) procede de la distinción entre dos tipos de cuestiones interpretativas, teóricas y prácticas, dependiendo del tipo de pregunta a la que aquellos juicios responden: cuál es el contenido del texto *T* y cuál contenido debe ser/es bueno que sea atribuido al texto *T*; c) la cuestión teórica asume que la interpretación envuelve actividades puramente cognitivas (siendo las distintas propuestas al respecto criticadas por el propio autor) (2008: 1.119-1.126).

15. La corrección lógica puede predicarse tanto de la decisión final, como en estadios anteriores al de la decisión final, en la configuración de las premisas fáctica y normativa, ya sea planteando que cada una de ellas puede reconstruirse como el resultado de una cadena de silogismos deductivos —es decir, de relaciones de ajustes entre premisas y conclusiones que pasan a ser premisas—, ya sea afirmando que en este caso las cadenas de enunciados deben ser consistentes, esto es, exentas de contradicciones.

procedimiento, previstas por el ordenamiento jurídico, o en que la decisión pueda considerarse el producto de la aplicación de dichas normas.

El cumplimiento de reglas procesales se traduce en que, en su función de aplicador del derecho, el juez actúe dentro del marco fijado por las reglas procesales de carácter competencial y procedimental. Esto significa que actúe en los asuntos que el propio sistema jurídico le encomienda y que resuelva las controversias jurídicas cumpliendo las gestiones y etapas prescritas por las reglas procesales.<sup>16</sup> Aquí le llamaré *corrección procesal* al cumplimiento del requisito de competencia del tribunal y de las reglas de procedimiento, ambos necesarios para la validez del proceso y de la decisión jurisdiccional resultante. En la terminología antes acuñada, el juicio de corrección consiste en contrastar una decisión y las reglas que establecen requisitos para la validez del proceso en la que aquélla se dicta. La conformidad entre estas dos cosas permitirá afirmar que la decisión es correcta en un sentido axiológico. Pese a que la corrección procesal parece contenida, como subtipo, en la corrección axiológica, parece relevante considerarla separadamente para dar cuenta del contexto en el que se lleva a cabo la aplicación del derecho por parte de los jueces, contexto institucionalizado que establece las «reglas del juego», tanto para el juez como para las partes.

Especial mención dentro de las reglas procesales merece aquella que establece la obligación de motivación, que existe en la mayoría de los sistemas de derecho legislativo occidentales actuales. Ahora bien, una evaluación de su cumplimiento dependerá, por una parte, de qué se entienda genéricamente por motivación y, por otra, de si, además del cumplimiento de la formalidad de motivación (que exista *alguna* motivación), se exija cumplir con determinados estándares de suficiencia o pertinencia. Con relación a lo primero, motivar una decisión judicial consiste, simplícidamente, en proporcionar argumentos o razones que la justifiquen o sostengan (Ezquiaga, 1987: 28).<sup>17</sup> Me parece que, además, pueden entenderse como sinónimos motivar y justifi-

---

16. Wróblewski hace referencia a estas reglas cuando reconstruye el modelo decisional procesal de aplicación judicial del derecho (1992: 35 y ss.). Asimismo, emplea una expresión similar a la de corrección procesal, «jurisdictional correctness», pese a que la usa para referirse a la decisión que no puede ser revocada o cambiada, es decir, *res iudicata* (1992: 250 y ss.). Me distancio de este uso de corrección, ya que me parece conveniente distinguir entre decisión final y decisión correcta como juicios posibles y divergentes que pueda realizar un analista. Por otra parte, y en un sentido similar, el paradigma clásico de decisión judicial incluye no solo la dimensión de decisión-norma, es decir, como norma particular que resuelve el caso, sino que incorpora la dimensión de la decisión judicial entendida como acto (decisión-acto). La corrección de la decisión-acto o del comportamiento judicial, según aquel paradigma, consiste en el cumplimiento o satisfacción de «las respectivas normas de competencia, entendida como un conjunto de obligaciones o facultades de los jueces». Este criterio de corrección de «legalidad formal» contrasta con la «legalidad material», que atiende al contenido de las sentencias, como criterio de «corrección jurídica» de la decisión-norma (Caracciolo, 2011).

17. Sobre la motivación de decisiones judiciales, véanse los trabajos reunidos en Perelman y Foiriers (1978), y los estudios histórico-jurídicos sobre motivación de sentencias de Sauvel (1955) y Accatino (2003).

car, entendiendo por justificar el hecho de «aducir razones (o aducir buenas razones o razones persuasivas) a favor de una de las conclusiones siguientes: o que es verdadera (o probable) una descripción (o una previsión o una hipótesis), o que es justa (o buena o válida, etcétera) una norma (o una valoración)» (Comanducci, 1999a: 54). El segundo punto, que no trataré aquí, se refiere precisamente a cómo se entienda, dentro de una determinada comunidad de juristas y operadores del derecho, la extensión y profundidad de la obligación de motivar, teniendo en cuenta las reglas del ordenamiento jurídico que establecen dicha obligación y las prácticas de dicha comunidad.<sup>18</sup>

### Factores que influyen en (la corrección de) la decisión judicial (teorías e ideologías)

He comenzado diciendo que lo que se entienda por decisión judicial correcta requiere esclarecer un conjunto de presupuestos y posiciones —teóricas e ideológicas— frente al derecho por parte de quien realiza el juicio «ésta es una decisión judicial correcta». Es decir, se vuelve necesario tomar en cuenta diversos factores que condicionan el juicio de corrección.<sup>19</sup>

El modelo teórico que propongo tiene su origen en la siguiente constatación: existen ideas fraccionadas de corrección en la filosofía del derecho que están condicionadas, por una parte, por la forma de comprender el concepto de derecho, la interpretación y la aplicación del derecho y, por otra, por la perspectiva teórica e ideológica que se asuma. Así, en la literatura es posible distinguir, por una parte, *aproximaciones teóricas e ideológicas* a la idea de corrección en el derecho y, por otra, *ideas de corrección a nivel del concepto, interpretación y aplicación del derecho*. Desde el punto de vista de la aplicación judicial del derecho, concurren en un determinado operador todas sus ideas fraccionadas de corrección, de modo tal que para averiguar qué entiende por «aplicación correcta del derecho» hay que reconstruir el conjunto de tesis a las que aquél adhiere.

La distinción entre teoría e ideología que empleo aquí es sencillamente la que utilizan los filósofos analíticos y que, en último término, presupone la posibilidad de distinguir conceptualmente entre ser y deber ser y, consiguientemente, avala la utilidad de distinguir entre un uso descriptivo y un uso prescriptivo del lenguaje. Así,

---

18. Y la pregunta a la que da respuesta un juicio de corrección es ¿se ha satisfecho el requisito de motivación exigido por las normas procesales? ¿Es válida (correcta) la decisión desde este punto de vista? Este es un juicio fraccionado de corrección, en el sentido que atiende a uno de los diversos aspectos a considerar respecto de la corrección de una decisión judicial.

19. Podríamos entender algunas de estas cuestiones comprendidas dentro de los factores que ejercen influencia en el contenido de las reglas a aplicar a que se refiere Wróblewski. Se refiere a estos factores cuando describe funcionalmente la aplicación del derecho o, lo que es lo mismo, el contexto de funcionamiento del derecho (1992: 16 y ss.).

la *teoría* versa sobre aquello que *es* y que puede ser objeto de *descripción* por parte de un individuo; la *ideología* versa sobre aquello que *debe ser* y cumple una función *normativa* que aspira a dirigir el comportamiento —en este caso de los estudiosos y operadores del derecho— hacia la realización de determinados valores. En palabras de Tarello, la ideología cumple una «función de instrumento de política cultural en general y de política del derecho en específico» (1984: 276).<sup>20</sup> Y como indica Comanducci, la palabra «ideología» considerada como «política del derecho» no tiene una valoración metaética negativa,<sup>21</sup> sentido no peyorativo en el que entenderé en lo que sigue esta expresión.

Por otra parte, los niveles *concepto de derecho*, *interpretación jurídica* y *aplicación judicial del derecho* representan los ingredientes típicos de gran parte del trabajo de los teóricos y filósofos del derecho.<sup>22</sup> Es al interior de estos niveles donde tienen lugar

---

20. Bobbio también realiza la distinción entre teoría e ideología. Por *teoría* entiende un conjunto de enunciados entrelazados a partir de los cuales se describe e interpreta un cierto grupo de fenómenos con un alto grado de generalización y luego se le unifica como un sistema coherente (una *forma de entender* la realidad para dar una descripción y explicación global de la misma). Por *ideología*, en cambio, entiende una *toma de posición* frente a la realidad que se funda en un sistema de valores más o menos conocido, y que se manifiesta a través de juicios de valor que tienden a ejercer una influencia sobre la realidad, conservando la realidad como es, si la valoración es positiva, o modificándola, si es negativa (Bobbio, 1961: 16).

21. Sin perjuicio de ello, prosigue este autor, puede resultar que un discurso ideológico se presente conscientemente como un discurso descriptivo, y la crítica que devela este hecho añadirá, comprensiblemente, una carga negativa a la expresión «ideología». Otras veces, en cambio, lo que hay detrás no es un «contrabando» de ideología vestida de descripción, sino más bien una decisión metaética que niega la «gran distinción» entre ser y deber ser. Frente a esta situación, el uso de la expresión «ideología» supone un juicio negativo. Comanducci distingue también «ideología» de «doctrina», entendiéndolo que esta última, siendo más restringida que la primera, designa un conjunto de discursos «formulados por un único estudioso; dotados de un cierto grado de unidad propositiva y argumentativa; que enfrentan, y ofrecen soluciones, a problemas que corresponden al campo de la ética; (interpretados principalmente como) teniendo una función prescriptiva —o normativa, valorativa, directiva—, pero también (en parte y eventualmente) una función descriptiva, o asertiva». Seguramente más de alguna de las propuestas sobre ideas de corrección en la filosofía del derecho podría ser clasificada como doctrina en este sentido, en tanto tienen una función normativa sin abdicar completamente de pretensiones descriptivas. No obstante, para la elaboración del modelo de corrección de la decisión judicial parece más adecuado conservar la distinción gruesa entre elementos teóricos y elementos prescriptivos, con el fin de exhibir con mayor claridad cuándo (o en qué medida) un determinado autor/operador adopta una aproximación descriptiva y cuándo (o en qué medida), en cambio, se avoca a hacer política del derecho. Ello permite, a su vez, calificar como verdadera o falsa una determinada descripción, y evaluar tanto si el sistema jurídico concede o no un espacio para incorporar ideologías, así como el parámetro/valor mismo que se persigue a través de aquella política (Comanducci, 1991: 272).

22. La literatura iusfilosófica no se limita exclusivamente a dilucidar problemas dentro de estos tres niveles, sino que también aborda otras cuestiones, como la estructura del derecho y del sistema jurídico, las teorías de la justicia, y el estatus y función de la ciencia jurídica. Algunas de ellas entran en relación

los debates y reflexiones sobre la necesidad y existencia de estándares de corrección en el derecho o desde donde se erigen las miradas escépticas sobre la utilidad de tales estándares.

De esta manera, se hace necesario considerar, de forma agregada, las posiciones referidas a la *teoría e ideología* del concepto de derecho, interpretación y aplicación judicial del derecho, lo que da como resultado seis combinaciones posibles: teoría del concepto de derecho, ideología del concepto de derecho, teoría de la interpretación y argumentación, ideología de la interpretación y argumentación, teoría de la aplicación judicial del derecho e ideología de la aplicación judicial del derecho.

Alguien podría objetar la necesidad de tener en cuenta todos estos factores, ya que los unos se encuentran conectados intrínsecamente con los otros. Ejemplos muy escuetos de dos autores servirán para ilustrar que esto puede no ser así. Para Kelsen, el derecho que «es» consiste en el conjunto de normas válidas —dictadas por la autoridad competente y de acuerdo al procedimiento establecido por una norma superior—, es decir, susceptible de ser identificadas de acuerdo a su origen o *pedigree*. Visto de manera aislada, sin embargo, podría ser perfectamente compatible con una visión mecanicista y restrictiva de la función judicial. Esta sería una afirmación claramente equivocada respecto del conjunto de su teoría, toda vez que para Kelsen la interpretación es un acto de decisión dentro de un marco de posibilidades interpretativas en el cual el juez decide discrecionalmente, creando una norma individual. Si tomamos la propuesta de Dworkin sucede otro tanto. Una primera tensión es la que existe al interior de su tesis sobre la interpretación: por una parte, asume una visión cognoscitivista en materia interpretativa (tesis de la única respuesta correcta) y, por otra, se opone a la tesis del juez mecanicista que suele asociarse al cognoscitivismo interpretativo. Una segunda tensión es la siguiente: mientras que de su (ideología del) concepto de derecho entendido como la mejor interpretación posible de la práctica jurídica y de la moral sustantiva (o crítica)<sup>23</sup> pareciese desprenderse que los jueces tienen un amplio margen decisorio, de su concepción (ideológica) sobre la aplicación judicial del derecho se colige que ellos debiesen tener la menor discrecionalidad posible en la resolución de problemas jurídicos. Aunque estos ejemplos bien podrían considerarse incoherencias teóricas, el punto que quiero hacer aquí es que resulta insuficiente conocer la teoría/ideología del concepto de derecho o la teoría/ideología sobre la interpretación a la que se adhiere un autor, un operador jurídico o un juez para equiparar, sin más, el juicio de corrección de aquellos que comparten una u otra aproximación teórica/ideológica.

---

con los niveles de concepto, interpretación y aplicación judicial. Por ejemplo, la estructura del sistema jurídico en ciertas tesis hace parte del concepto de derecho; y la teoría de la justicia o la dogmática pueden constituir un elemento de la ideología de la interpretación del decisor.

23. Agradezco las generosas precisiones sobre las tesis de Dworkin que me hizo un evaluador anónima.

A continuación, me referiré a cada uno de estos factores de manera muy acotada, ejemplificando con algunos autores.

### *Teoría del concepto de derecho*

Los intentos por conceptualizar el derecho se clasifican, tradicionalmente, en tres escuelas iusfilosóficas: el derecho natural o moralismo jurídico (Neumann, 1995),<sup>24</sup> el positivismo jurídico y el realismo jurídico.

El concepto de derecho es un factor que influye en un juicio de corrección de la decisión judicial, en tanto que delimita aquello que debe ser considerado derecho de aquello que no lo es, y la decisión judicial emplea como material, precisa y principalmente, aquello que es considerado derecho. Ello reconduce, básicamente, a los criterios para identificar el derecho (cuestión que, a su vez, redirige la cuestión a la discusión entre defensores y detractores de incluir la moral como criterio de identificación del derecho).

Algunas tesis sobre el concepto de derecho son tesis descriptivas y constituyen lo que aquí hemos llamado teorías: procuran ser discursos descriptivos sobre lo que el derecho es, con independencia de que sea acertada aquella descripción o de que pueda ser enjuiciada como verdadera o falsa por otro autor. Asimismo, no tienen pretensiones normativas, al tiempo que se presentan como teorías generales. Este es el caso de Kelsen, Hart, Ross y Leiter, es decir, de autores pertenecientes a las familias de conceptos de derecho positivista —positivismo metodológico— y realista. Que no incluyan valoraciones no quiere decir, sin embargo, que no reconozcan que la moral y la política juegan un rol —de menor o mayor importancia— en la creación y aplicación del derecho. Es simplemente que distinguen, a nivel conceptual (y con argumentos y énfasis diversos), el material jurídico preexistente —disposiciones normativas, decisiones judiciales— de los espacios que tiene el intérprete para incorporar elementos extrajurídicos; conciben el derecho y la moral como órdenes normativos diversos; y señalan mecanismos para identificar las disposiciones normativas válidas relevantes para el problema en cuestión.

### *Ideología del concepto de derecho*

La tesis de que el derecho formula —de hecho— una pretensión de corrección moral (Alexy, 1998) y la tesis de que el derecho es la mejor reconstrucción del material jurídico, la práctica jurídica y la moralidad política de una cierta comunidad (Dworkin, 1986) no son, en realidad, descripciones de lo que el derecho es, sino más bien

---

24. Estas posiciones se diferencian, según la breve caracterización que realiza el autor, por los criterios para determinar cuándo una norma pertenece a un sistema jurídico: cualidad moral de las normas, textos legales y praxis de los tribunales, respectivamente.

tesis normativas de lo que el derecho debiera ser. Son tesis empapadas de ideología: la superioridad de una moral universal procedimentalista y la ubicuidad del estado constitucional de derecho (Alexy, 2000), en el primer caso, y la idea de que existe una respuesta (jurídica y moralmente correcta) susceptible de ser identificada por el juez (Dworkin, 1978, 1985, 1996), en el segundo.

Al mismo tiempo, recurren a elementos ideales: es la dimensión ideal del derecho la que conecta conceptualmente el derecho con aquella moral universal procedimentalista, existiendo dos tipos conexiones (definitoria e ideal);<sup>25</sup> es la integridad entendida también como ideal político la que Hércules, el modelo de «buen juez», debiese perseguir, y para ello debe poner en marcha el test de valor, justificación o moralidad política, que determina cuál de las interpretaciones muestra la estructura de las instituciones y decisiones de la comunidad de una mejor manera. Por otra parte, pese a las pretensiones generalizadoras que puede haber tras estas ideologías del concepto de derecho, ellas más bien presuponen determinadas condiciones políticas (estado constitucional de derecho) o ciertos rasgos de la cultura local (sistema jurídico estadounidense).

Ambas tesis, finalmente, desdibujan —si acaso no niegan— la gran distinción entre ser y deber ser o sus derivados. Así, por ejemplo, al indicar que el derecho es un concepto interpretativo —similar al de democracia o libertad—, Dworkin señala que debe asignársele el sentido descriptivo que mejor realice o capte el valor (fuerza evaluativa), con lo cual pone en duda que pueda realizarse un ejercicio descriptivo avalorativo del derecho.<sup>26</sup> Alexy, por su parte, al postular que la norma extremadamente injusta no constituye derecho —postulado que proviene directamente de afirmar la conexión conceptual entre derecho y moral— admite que del hecho de que una regla viole estándares morales se sigue que ella deja de ser una regla jurídica, cuestión que positivistas como Kelsen y Hart expresamente niegan, precisamente porque confunde el plano del ser y del deber ser.

A este elemento —ideología del concepto de derecho— pertenece también lo que Bobbio llamó «positivismo ideológico» o ideología de la justicia. El positivismo jurídico como ideología confiere al derecho un valor positivo por el solo hecho de existir. Bobbio distingue dos variantes: de acuerdo a la primera «el derecho positivo, por el sólo hecho de ser positivo, es decir, de ser la emanación de la voluntad dominante, es justo, o de otro modo el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con aquel que viene utilizado para juzgar su validez o invalidez» (tesis

---

25. Ello además del carácter ideal de ciertas reglas del discurso.

26. Pese a que el propio Dworkin (2011) declara que su teoría es la única que se toma en serio el «principio de Hume» y le dedica varias secciones de su *Justice for Hedgehogs* (especialmente el capítulo 3, «External Skepticism»), no me parece que el resultado de su análisis allí, leído en conjunto con el resto de su obra, consista en mantener la distinción entre ser y deber ser.

fuerte); de acuerdo a la segunda, «el derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder que detenta el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, sirve, con su sola existencia, con independencia del valor moral de sus reglas, para alcanzar algunos fines deseables, como el orden, la paz, la certeza y en general la justicia legal», valores sin los cuales ninguna sociedad podría sobrevivir (tesis débil). En ambas variantes, existe un deber moral de obedecer las normas jurídicas (obligación interna o en conciencia de respetar las leyes) ya porque es intrínsecamente justo (tesis fuerte), ya porque está destinado a realizar valores muypreciados socialmente, como el orden o la seguridad (tesis débil). En la primera, esta obligación de obediencia es incondicionada. En la segunda, este deber moral de obediencia se encuentra condicionado por el hecho de que las leyes hayan sido dadas como medios idóneos para alcanzar aquellos fines socialmente deseables, sin desconocer la existencia de otros valores con los cuales estos pueden entrar en conflicto (Bobbio, 1961: 21).<sup>27</sup>

### *Teoría de la interpretación y de la argumentación*

Siguiendo a Guastini, existen tres formas de entender aquello que la interpretación es: un acto cognitivo, un acto volitivo, o algunas veces un acto cognitivo y otras veces un acto volitivo. Estas familias de teorías —cognoscitivista, escéptica y ecléctica respectivamente—,<sup>28</sup> involucran conceptos o ideas de corrección diversos, y se corresponden, aproximadamente, con los modelos del noble sueño, la pesadilla y la vigilia de Hart (1977). Además, cada una de ellas representa una determinada forma de entender los enunciados interpretativos —que tienen la forma *el texto T significa «S»*— y una particular concepción de la discrecionalidad judicial. Así, un cognoscitivista tacharía de incorrecta una sentencia que reconozca la posibilidad de varios significados «correctos» de una misma palabra o expresión, o el hecho de que aquella sentencia no identifique, en sede interpretativa, la voluntad unívoca del legislador que le confiere sentido a aquella expresión, o que obvie el significado objetivo de las palabras del enunciado.

La *teoría cognitiva o cognoscitivista*, como su propio nombre indica, plantea que la interpretación es una actividad cognitiva que permite descubrir el significado objetivo del texto normativo o la intención subjetiva de la autoridad normativa. Los enunciados interpretativos son, para esta teoría, de tipo descriptivo, es decir, susceptibles de verdad o falsedad, toda vez que se limitan a describir aquel significado objetivo del texto o aquella intención subjetiva del autor de la norma. Esta teoría supone que las

---

27. Las denominaciones *tesis fuerte* y *tesis débil* las tomo de Jiménez Cano (2009).

28. Estas son las denominaciones que Guastini emplea en varios de sus escritos, por ejemplo, 1997: 34-40; 2001: 13-18; 2004: 33 y ss. y 49 ss.; 2006: 133 y ss.; 2011: 407 y ss. Comanducci, por su parte, las denomina tesis neoformalista, neoescéptica, y ecléctica, respectivamente, asignándole significados similares a los de Guastini, aunque planteando la cuestión respecto de esta última tesis de un modo diverso e inclinándose a su favor (Comanducci, 1999b: 9-11).

palabras incorporan un significado propio o intrínseco, independiente de su uso, o se funda en la creencia de que el legislador imprime en las normas una voluntad unívoca que los intérpretes son capaces de identificar. Como se trata de un significado propio y de una voluntad unívoca, el texto normativo admite una sola interpretación verdadera o correcta. Los partidarios de esta teoría suelen sostener también que los sistemas jurídicos son coherentes y completos, por lo que no hay espacio para la discrecionalidad judicial, ya que el juez debe fallar basado en normas preexistentes, interpretadas de acuerdo con el significado propio de las palabras o la voluntad unívoca del legislador (Guastini, 2001: 13-18).

La *teoría escéptica* considera la interpretación como una actividad de valoración y decisión. En su versión más radical, las palabras carecen de un significado propio, y no tienen sino aquel significado de acuerdo al cual son usadas o aquel que le adscribe el intérprete. Las interpretaciones dependen, por tanto, de la pura subjetividad o juicios de valor de los intérpretes. De esto se desprende que los enunciados interpretativos no son ni verdaderos ni falsos; son definiciones estipulativas, que atribuyen un cierto significado a una palabra o expresión. Por otra parte, para esta tesis los sistemas jurídicos no son ni completos ni coherentes, y frente a una laguna o antinomia los jueces crean derecho.<sup>29</sup>

La *teoría ecléctica o mixta* intenta conciliar las dos teorías anteriores, sosteniendo que algunas veces la interpretación es un proceso de conocimiento y otras veces el resultado de una decisión discrecional. La textura abierta del lenguaje natural en el que se formulan las normas, y la dificultad de determinar si un caso cae o no bajo el dominio de una norma, son dos factores que dificultan la labor del intérprete. Así, se habla de textos claros y textos oscuros, por una parte, y de casos fáciles y casos difíciles, por otra. Frente a textos claros o casos fáciles, el intérprete se limita a descubrir el significado del texto. Por el contrario, cuando se está frente a textos oscuros o casos de penumbra, el intérprete atribuye significado al texto normativo, o el juez ejerce discrecionalidad.

Además de las teorías de la interpretación, se han formulado teorías de la argumentación jurídica. Sin embargo, el núcleo duro de las llamadas «teorías de la argumentación jurídica» es normativo: tienen por objeto proponer criterios de racionalidad de las decisiones judiciales, con objeto de controlar la labor del juez, y, en ese

---

29. Guastini es un defensor de un *escepticismo moderado*. Por una parte, es escéptico cuando afirma que las disposiciones normativas admiten una pluralidad de interpretaciones igualmente plausibles, es decir, pueden tener más de un significado y es el intérprete a quien le corresponde decidir discrecionalmente entre ellos. La interpretación judicial —reafirma este autor— es siempre decisoria y generalmente creativa de nuevas normas. Por otra parte, suscribe que no es posible sostener que las disposiciones normativas carecen de todo significado previo a la interpretación, pese a que aquel pueda ser oscuro; en otras palabras, no suscribe una indeterminación radical del derecho ni del lenguaje en que se formulan los textos normativos (2011: 413-414).

sentido, prescriben reglas que garantizan la corrección de las decisiones o proponen los elementos que debiesen tenerse en cuenta para la correcta justificación de aquellas.

Bajo la etiqueta «teorías» de la argumentación, podríamos agrupar aquellas propuestas que versan sobre lo que la argumentación *es*, es decir, que describen los argumentos interpretativos utilizados (como Tarello, Perelman y Guastini). También pueden ser incluidos aquí las reconstrucciones de las directivas interpretativas que suelen ser empleadas por los jueces (Wróblewski y Chiassoni).<sup>30</sup>

### *Ideología de la interpretación y argumentación*

Una *teoría* de la interpretación se distancia de una *ideología de la interpretación* (Guastini, 2011: 433 y ss.), que es un discurso evaluativo o prescriptivo sobre la interpretación referido a dos problemas: cómo debiese ser una correcta interpretación, para lo cual se proporcionan criterios, reglas o métodos que sirvan de guía al intérprete *ex ante*; y cuáles son los elementos desde los cuales evaluar la corrección de una interpretación, para lo cual se proponen criterios, reglas o métodos que sirvan de guía al analista para evaluar *ex post* una interpretación. La mayoría de las tesis, sin embargo, no hacen una distinción tajante entre criterios *ex ante* y *ex post*, sino que son los mismos criterios que pueden emplearse para interpretar o para analizar interpretaciones ya realizadas.

Dentro de las tesis en materia interpretativa, se ha definido la ideología de la interpretación jurídica como aquella que consiste en «dirigir la actividad interpretativa para que siga los valores o ideales a realizar» por el juez (Wróblewski, 1989: 63 y ss.).

---

30. Véase la reconstrucción de modelos metodológicos —descriptivos y prescriptivos— sobre los instrumentos o argumentos que están, pueden estar o deben estar presentes en los discursos interpretativos. La propuesta de Chiassoni consiste en una reconstrucción de dichos modelos: el modelo argumentativo simple (Tarello y Perelman), el modelo argumentativo estructurado (Guastini), el modelo de directivas interpretativas (Wróblewski), el modelo de reglas interpretativas (Alexy, y éste es de carácter normativo) y el modelo de códigos interpretativos (Chiassoni). Las principales características de su propuesta son: 1) los razonamientos interpretativos judiciales son «discursos en los cuales se han utilizado las directivas de un cierto código hermenéutico», siendo el objetivo del análisis argumentativo la reconstrucción del código hermenéutico adoptado y seguido por el juez en una determinada resolución; 2) un código hermenéutico es un conjunto de directivas hermenéuticas que tienen por objeto la atribución de un significado a disposiciones de las fuentes del derecho; 3) las directivas se ubican, al menos, en tres niveles diversos (primarias, secundarias y axiomáticas). De esta manera, ofrece *un* modelo metodológico para la *reconstrucción y valoración* del código hermenéutico *empleado*, expresa o tácitamente, en una resolución judicial determinada. Es decir, es una metodología para analizar un código *contingente y concreto* que, a su vez, podría o debería —según la posición que se adopte— ser el reflejo de directivas hermenéuticas fijadas positivamente por el legislador, empleadas por la jurisprudencia «autorizada» o propuestas por la doctrina. Los códigos hermenéuticos son, pues, el *conjunto de parámetros de corrección* de la interpretación que el intérprete *elige* de entre las directivas metodológicas tradicionalmente utilizadas por los operadores del derecho de un determinado ordenamiento jurídico (Chiassoni, 2011: 89, 130, 347).

Esos «valores e ideales» cuya realización el juez persigue son valoraciones extrajurídicas que provienen de los sistemas normativos éticos de preferencia de los intérpretes. Así pues, las ideologías de la interpretación jurídica integran —a la hora de establecer cuáles son los criterios para calificar como correcto un resultado interpretativo— puntos de vista y lecturas sobre aquello que, dicho de manera condensada, es bueno para la convivencia social, ya sea universalmente, ya sea para una sociedad y cultura espacio-temporalmente definida.

Guastini señala que las dos oposiciones fundamentales entre ideologías de interpretación son literalismo versus intencionalismo —que hacen prevalecer, respectivamente, el tenor literal y la intención del legislador— e interpretación estática versus dinámica —que privilegian el «sentido» de la disposición normativa al momento de su dictación y de su aplicación, respectivamente. Desde aquí se pueden dar combinaciones entre estos pares de ideologías. Estas ideologías, así, introducen reglas de preferencia en las directrices interpretativas que se emplean para justificar una interpretación, de tal manera que hacen prevalecer el tenor literal, la voluntad del legislador, el significado al momento de la aprobación de la disposición o el significado al tiempo de aplicarla.

Constituye ideología de la argumentación, o un ejercicio de «política del derecho» en nuestra terminología, la tesis de Alexy que prescribe no sólo el deber de los jueces de un estado constitucional y democrático de derecho de emplear argumentos lingüísticos, genéticos, sistemáticos, teleológicos y deontológicos, sino que fija la prioridad de los lingüísticos sobre los genéticos, y de los genéticos sobre sistemáticos. Igualmente, la idea maccormickeana de que los jueces deben ajustar su decisión al sistema jurídico y al mundo, previendo las consecuencias de su decisión en aquellos, es también una expresión de cómo debiese llevarse a cabo una correcta fundamentación de las sentencias. Otro tanto sucede con la tesis de Aarnio referida a que la decisión debiese ser aceptable racionalmente por la audiencia ideal particular (MacCormick, 1997; Aarnio, 1991).

La «carga ideológica» puede ingresar en diversos momentos de la actividad interpretativa. Así, en primer término, en el punto de partida de la interpretación, y específicamente, en la decisión de si se trata de una disposición normativa clara o dudosa. Esta decisión implica evaluar las posibilidades interpretativas que se tiene en uno y otro caso. También ingresan valoraciones en la formulación de directivas de interpretación y en la elección de esas directivas. Un ejemplo de cómo distintas ideologías influyen en la selección de directivas interpretativas es el que pone Wróblewski a propósito de las tesis estáticas y dinámicas sobre interpretación jurídica. Las tesis estáticas, en tanto persiguen los valores de seguridad jurídica, certeza y estabilidad, favorecen un significado constante del material normativo —generalmente vinculado a la voluntad del legislador— favoreciendo el uso de directivas lingüísticas. Las tesis dinámicas, por su parte, en tanto persiguen adecuar el material normativo

a las relaciones sociales, económicas, culturales e ideológicas existentes al momento de interpretarlo, recurren a las directivas funcionales para alcanzar ese significado cambiante y contextual de las normas (Wróblewski, 1989: 185-190).<sup>31</sup>

Dentro de la tripartición de directivas de interpretación del código hermenéutico propuesto por Chiassoni, las valoraciones parecen ingresar claramente a nivel de las directivas de preferencias y de las directivas axiomáticas (Chiassoni, 2011: 112 y ss; 134 y ss.). Pero también las valoraciones podrían estar presentes en las directivas primarias, de modo tal que es posible imaginar que la aplicación de una misma directiva pueda conducir a decisiones interpretativas contradictorias. La aplicación de las directivas teleológicas —cuál de los posibles fines de una norma deben tenerse en cuenta para atribuirle significado, y otros problemas referidos a la identificación del fin— sería un caso en que se hace necesario elegir entre alternativas posibles, y ello seguramente encontrará respaldo en la jerarquía axiológica que porta el intérprete.

### *Teoría de la aplicación judicial del derecho*

La pregunta «¿en qué consiste aplicar el derecho por parte del juez?» puede tener varias respuestas. Para algunos, aplicar el derecho es el hecho de incorporar disposiciones normativas o normas<sup>32</sup> válidas en el razonamiento decisorio —tesis en la cual caben posiciones teóricas dispares según se entienda la validez en un sentido formal o material. Un segundo grupo suscribiría que aplicar el derecho es una actividad compleja en la que intervienen no sólo operaciones de tipo lógico, sino que fundamentalmente ponderaciones de derechos o intereses en juego, evaluación de las consecuencias de las posibles decisiones, razonamientos justificatorios de diversa índole que permiten solucionar el problema jurídico, etcétera. Formuladas así, en términos generales, no son tesis excluyentes, aunque sí pueden serlo en combinación con la especificación de otros elementos del modelo.

Una siguiente respuesta puede darse desde el debate sobre el rol del juez dentro del sistema jurídico y sobre si existe realmente una distinción entre creación de dere-

---

31. Indica este autor que la «lógica de la argumentación» solo arroja estándares móviles de validez de los razonamientos argumentativos, que en una proporción significativa dependen de valoraciones (Wróblewski, 1989: 193).

32. Siguiendo a Guastini y otros autores genoveses, recorro a la distinción entre *disposición normativa* —enunciados de las fuentes del derecho o textos jurídicos— y *norma* —resultado de la interpretación de la disposición normativa o su contenido significativo. Así, aquellos textos que se encuentran en las fuentes del derecho solo adquieren significado —pasan a ser normas— mediante un proceso interpretativo. Esta distinción, con fines puramente analíticos, podría ser aceptada, me parece, sin muchos problemas por diversas concepciones iusfilosóficas. Sobre la distinción véase, por ejemplo, Guastini, 1999: 100 y ss.

cho y aplicación del derecho.<sup>33</sup> Ahora bien, la discusión sobre si el juez crea o no crea derecho al momento de aplicarlo bien puede ser una tesis normativa y no descriptiva: si debe o no crear derecho, que en último término y simplificando, plasma una ideología referida a cómo debe comportarse el juez en su interacción con el legislador.

Qué se entienda por «creación judicial del derecho», por su parte, admite diversas respuestas: 1) el derecho como conjunto de normas generales es creado por el legislador y los jueces se limitan a aplicarlo a casos particulares (doctrina tradicional); 2) el derecho es un conjunto de normas generales creadas por el legislador (casos genéricos a los que se atribuyen soluciones genéricas) y de normas individuales que son creadas por los jueces (que correlacionan descripciones de casos individuales con una solución individual); 3) los jueces no crean derecho en situaciones normales, pero sí crean normas generales en situaciones muy especiales (específicamente, frente a lagunas y contradicciones normativas). Bulygin se inclina por la tercera tesis, afirmando, simultáneamente, que no existe distinción tajante entre creación y aplicación del derecho.<sup>34</sup> Los jueces —sostiene— crean normas generales cuando están frente a una laguna o a una contradicción, pese a que «crean» en un sentido distinto de la creación legislativa: la norma general frente a la laguna no obliga a otros jueces, ni tiene efectos generales; la «derogación» total o parcial de la norma contradictoria no produce los mismos efectos que la derogación «real», que es la que realiza el legislador (Bulygin, 2003: 7). Una ambigüedad adicional consiste en esclarecer qué significa «creación» judicial del derecho: producir «nuevo derecho»;<sup>35</sup> «clarificar y concretar» el derecho preexistente (Wróblewski, 1992: 318); reconstruir la *ratio* que subyace a diversas disposiciones normativas, entre otros posibles significados.

### *Ideología de la aplicación judicial del derecho*

Por ideología de la aplicación judicial del derecho entiendo aquellas tesis que tienen como finalidad dirigir la conducta del juez —*cómo debe comportarse el juez*—, ya sea indicando cómo debe comprender y leer el sistema jurídico, prescribiendo la realización de algunos valores o la protección de otros, señalando los pasos o reglas que debiese seguir, disponiendo que debe comportarse de determinada manera frente al legislador o que debe desarrollar su labor interpretativa y argumentativa teniendo en mente estas o aquellas directrices.

---

33. Ello abre la discusión a la naturaleza constitutiva o declarativa de las sentencias o decisiones judiciales, cuestión que explica claramente Mazzaresse, 1996: 57 y ss.

34. Un modelo decisional sustantivo, como el de Wróblewski, tiene como presupuesto, desde un sistema de derecho legislado, que existe una distinción tajante entre creación y aplicación (1992: 319).

35. A esto es lo que Laporta llama generación de derecho *ex nihilo* e Iglesias «invención» para distinguirlo de las actividades de transformación del derecho preexistente mediante interpretación y argumentación. Véase Laporta, 2007: 209; Iglesias, 1999: 161 y ss.

Siguiendo a Wróblewski, las ideologías de la aplicación judicial del derecho pueden agruparse en tres: ideología de la decisión vinculada; ideología de la libre decisión; ideología de la decisión racional y legal. Muy resumidamente, la *ideología de la decisión vinculada* postula que el tribunal debe decidir sobre la base de leyes (*statutory rules*) que determinan absolutamente las decisiones en casos concretos, de forma que la aplicación judicial se torna una operación lógica o mecánica. Esta ideología tiene como presupuestos políticos la protección de la libertad individual, el respeto a la democracia y separación de poderes y la certeza y seguridad jurídica. La *ideología de la decisión libre* surge en oposición al formalismo dominante de mediados del siglo XIX, y destaca la función del juez en la creación del derecho frente a reglas abstractas que solo sirven de esquemas o marcos que fijan los límites dentro de los cuales decidir libremente la mejor solución frente al caso. Aplicación y creación del derecho son actividades complementarias. Para resolver un problema jurídico existen múltiples fuentes de derecho, que incluyen leyes, práctica jurídica, reglas sociales, hechos sociales y evaluaciones de distinto tipo. La *ideología de la decisión racional y legal* rescata el valor positivo de la legalidad —observancia del derecho válido— y el valor de la racionalidad interna y externa de la decisión. En este último caso, la racionalidad interna se refiere a la consistencia de la decisión y la racionalidad externa a que las premisas cumplan con los parámetros jurídicos (legalidad) y extrajurídicos (axiología del derecho vigente); en ambas variantes, la racionalidad es un mecanismo de control de las decisiones (Wróblewski, 1989: 67-84; Wróblewski, 1992: 265-314).<sup>36</sup> Estas tres son tesis normativas sobre cómo debe ser la labor del juez, o sobre cuál es la forma correcta de aplicar el derecho.

En materia de justicia constitucional existen también dos doctrinas que versan sobre cuál debiese ser el rol del juez frente al legislador: la doctrina del *judicial restraint* y la doctrina del *judicial activism*. Sintetizando, en el primer caso, el juez debe respetar la deferencia al legislador que cuenta con legitimación democrática; en el segundo caso, se entiende que el juez constitucional debe proteger los derechos ciudadanos en contra de la mayoría política representada por el legislador (Guastini, 2011: 445-447).<sup>37</sup> Con ello pongo de relieve, en este mayor nivel de abstracción, que la

---

36. Esta ideología, argumenta el autor en otro lugar, dentro de un sistema de derecho legislado, presupone un concepto de validez sistémica de acuerdo al cual la regla *R* es válida si y sólo si a) *R* ha sido dictada de acuerdo a las reglas válidas en el sistema jurídico *SJ* y se encuentra vigente; b) *R* no ha sido explícitamente derogada por reglas válidas de *SJ*; c) *R* no es inconsistente con otras reglas válidas de *SJ*; d) si *R* es inconsistente, entonces no pierde su validez si, por medio de las reglas que resuelven conflictos entre normas eliminan dicha inconsistencia. Este concepto de validez sistémica, sostiene, se amplía si se acepta, como reglas válidas, las consecuencias formales (lógicas) y/o interpretativas de las reglas dictadas (Wróblewski, 1992: 75, 32).

37. Me he limitado a apuntar estos rasgos ya que tanto a nivel teórico como dogmático se trata de un debate que tiene a su haber una vastísima literatura.

concepción que se tenga de la función del juez dentro de la estructura institucional y la concepción que se tenga de la democracia pueden repercutir en aquello que el propio decisor considere una aplicación correcta del derecho.

## Decisión judicial

El último elemento del modelo es la forma de entender la decisión judicial. Hay dos perspectivas desde las que analizar la decisión judicial, que sirven para clarificar a qué se está haciendo referencia cuando se dice que una decisión judicial es correcta.<sup>38</sup> Por una parte, la decisión judicial se puede entender como el *resultado* del procedimiento que lleva a cabo el juez para resolver un problema con relevancia jurídica que ha sido sometido a su conocimiento y que puede ser reconstruido a través de *dos premisas* y de *una conclusión*.<sup>39</sup> Estas premisas suelen denominarse premisa normativa y premisa fáctica. Siguiendo la distinción entre justificación interna y externa, se puede realizar un «juicio de corrección» lógico o «formal» que consiste en corroborar que la conclusión o decisión se deduce de las premisas (justificación interna), y un juicio de corrección «sustantivo» que atiende a la justificación externa de las premisas.<sup>40</sup> Por

---

38. Resulta también iluminador el análisis que realiza Caracciolo sobre lo que denomina «paradigmas de decisión judicial». Según el *paradigma clásico* de la decisión judicial (entendida como acto y como norma particular, en el sentido descrito antes, en la nota 16), los jueces aplican el derecho objetivo y no crean derecho. Es decir, las decisiones judiciales son correctas «sí, y sólo si son el resultado de decisiones adoptadas por individuos competentes [legalidad formal] y sus contenidos son *determinados* de antemano por el derecho preexistente [legalidad sustantiva]». Este segundo tipo de legalidad puede traducirse en que «la corrección *jurídica* de una decisión judicial [entendida como norma particular] *depende* de su contenido: solo se justifica si se infiere del contenido de una norma general que pertenece al derecho o que es aplicable según normas que pertenecen al derecho». Este paradigma, según Caracciolo, puede cumplir distintas funciones: conceptual, descriptiva o normativa, lo que tiene importancia para el tipo de crítica que se le pueda dirigir. El paradigma clásico se opone al *paradigma discrecional*, según el cual el juez «*puede* elegir entre alternativas excluyentes según sus *propios* criterios de evaluación o, si se prefiere, según su escala personal de preferencias». Dentro de este paradigma, a su turno, pueden distinguirse cinco tipos diversos de discrecionalidad (Caracciolo, 2011).

39. Sigo la clásica distinción entre actividad-producto, que se emplea también en materia de interpretación. Por ejemplo, Guastini señala que interpretar «denota, *grosso modo*, o bien la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado o producto de esa actividad: el significado mismo» (2001: 2-3). Aquí sólo me haré cargo de las premisas y del resultado en tanto textos o documentos (siguiendo la distinción entre razonamiento-actividad y razonamiento-documento que hace Comanducci, 1999a: 73 y ss.) sin hacer referencias al «contexto de descubrimiento», esto es, sin incluir en el análisis las actividades mentales o procesos psicológicos del juez que lo conducen a generar y justificar las premisas y la conclusión. La referencia es a la clásica distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Véase, por todos, Reichenbach, 1961: 6 y ss; 382 y ss.

40. Chiassoni emplea la expresión racionalidad formal y racionalidad sustantiva para dar cuenta del cumplimiento de los requisitos de justificación interna y de justificación externa, respectivamente, den-

otra parte, cada una de estas premisas puede ser vista como un *conjunto de actividades* cuyo producto, a su turno, se expresa en enunciados o en decisiones. En el primer caso, se trata de un ejercicio de agrupación y presentación o reconstrucción;<sup>41</sup> en el segundo, estamos ante un ejercicio de descomposición. A continuación, combinaré ambos enfoques.

### *Premisa normativa*

Suele entenderse por premisa normativa, o premisa mayor del razonamiento judicial, a la norma general y abstracta que sirve al juez para resolver el conflicto jurídico. Respecto de esta premisa, bien cabría hacer un juicio general u holístico sobre su corrección, como aquel que realiza el juez cuando la incorpora como premisa mayor de su razonamiento. El juez asume que se trata de una premisa correcta, y probablemente, la más correcta, la mejor construida o incluso la única correcta. Desde el punto de vista del analista, sin embargo, el juicio sobre la corrección o incorrección de la premisa mayor seguramente requerirá mirar más en detalle cada uno de los enunciados que describen hechos y cada uno de los enunciados que contienen decisiones que componen la premisa normativa, emitiendo juicios de corrección fraccionados. Es decir, debe atender a si aquella premisa se encuentra «externamente» justificada mediante cadenas de enunciados que funcionan como argumentos o respaldo,<sup>42</sup> pudiendo detectar enunciados o decisiones incorrectas dentro de aquella cadena.

La premisa normativa, entonces, es un enunciado complejo que es el resultado de una cadena de enunciados que derivan de las siguientes actividades (Comanducci, 1999a: 81):<sup>43</sup>

---

tro de un modelo analítico de motivación correcta: «una *sentencia judicial* está motivada correctamente si, y sólo si, cada una de las decisiones judiciales (disposiciones individuales, juicios jurídicos, normas individuales judiciales) que esta contiene es *racional* o está justificada *racionalmente*», y se entiende que es racional o que está racionalmente justificada si satisface las condiciones de la justificación interna y externa. La justificación interna o lógico-deductiva es una condición de *racionalidad formal* que refleja el principio de no contradicción; la justificación externa puede ser normativa o probatoria según el tipo de premisas a las que se refiera y es condición de *racionalidad sustantiva* que refleja el principio de razón suficiente. Racionalidad, en este modelo, es sinónimo de que la decisión se encuentre interna y externa justificada. Dicho en la terminología de este estudio, *afirmar la corrección de una decisión equivale a afirmar que es racional o que se encuentra justificada*, siendo los parámetros de corrección —racionalidad o justificación— de tipo lógico (justificación interna) y de tipo epistémico y axiológico (justificación externa (2011: 18 y ss.; 56).

41. Me parece que estas formas de presentar la decisión judicial pueden ser ampliamente aceptadas.

42. Guastini sostiene acertadamente que la justificación externa consiste en dos cadenas de argumentos: a) el conjunto de argumentos que fundan la elección de la premisa normativa; b) el conjunto de argumentos que sostienen la premisa cognoscitiva o fáctica (enunciados sobre hechos) (2004: 128 y ss.).

43. A efectos del modelo, no tiene relevancia que alguna de estas actividades se ubique en la pre-

- 1) individualización de las fuentes jurídicas válidas;
- 2) individualización de las disposiciones de ley válida, *prima facie* relativas al caso;
- 3) atribución de significado a las disposiciones mencionadas, esto es, la individualización de la norma del caso;
- 4) resolución de eventuales conflictos entre normas;
- 5) eliminación de eventuales lagunas.

El resultado de cada una de estas actividades puede expresarse a través de enunciados o cadenas de enunciados. El carácter descriptivo o prescriptivo —epistémico o axiológico— de estos enunciados dependerá, en la mayoría de los casos, de presupuestos teóricos e ideológicos sobre el concepto, interpretación y argumentación, y aplicación del derecho. A continuación, revisaré algunas de ellas.

La actividad de individualizar las fuentes jurídicas válidas seguramente es la más simple de realizar y va a depender de los modos de producción del derecho que regule el ordenamiento jurídico respectivo. Se encuentra íntimamente vinculada con la segunda, que precisa que las disposiciones de fuentes válidas deben ser *prima facie* aplicables.

La labor de identificación implica: la identificación de un enunciado como entidad de un lenguaje (identificación lingüística), la identificación del carácter prescriptivo de un enunciado (identificación pragmática) (Comanducci, 1998: 91), y la comprobación de la concurrencia de los requisitos para su validez. Las disposiciones normativas son *válidas* cuando aquellas disposiciones cumplen con los criterios formales prescritos por la regla de reconocimiento del ordenamiento jurídico respectivo.<sup>44</sup> En sistemas de derecho legislado contemporáneos estos criterios de validez

---

misa normativa o en la premisa fáctica. Por ejemplo, suele haber controversia sobre si la calificación jurídica de un hecho o conducta es una cuestión interpretativa o fáctica, o si constituye una premisa distinta. Wróblewski trata estas cuestiones en dos de los modelos que reconstruye. Por una parte, estas actividades estarían comprendidas en el primer estadio de su modelo teórico de aplicación judicial del derecho, que corresponde a la individualización de la norma que regula el caso y la determinación de un significado lo suficientemente preciso para los requerimientos de la decisión. La determinación de la validez de la norma —entendida por el autor como una norma que no haya sido invalidada de acuerdo a los mecanismos contemplados por el ordenamiento jurídico— puede ser vista como una operación mecánica o como una operación de valoración. Por su parte, la determinación de un significado lo suficientemente preciso que permita la decisión del caso cuando existe duda respecto del significado de la norma aplicable se realiza con el auxilio de las directivas interpretativas (Wróblewski, 1967). Dentro de lo que denomina modelo decisional sustantivo de aplicación judicial del derecho, es posible descomponer la decisión judicial en varias subdecisiones, y las dos primeras estarían aquí representadas: la decisión de validez, que consiste en la determinación de la validez y aplicabilidad de las reglas relevantes de derecho sustantivo; y la decisión de interpretación, que consiste en la determinación del significado de una disposición normativa (con una precisión tal, dirá este autor, como para permitir resolver el conflicto jurídico) (Wróblewski, 1992: 11 y 30 y ss.).

44. La distinción entre disposición normativa y norma conduce a que, como señala Guastini, se reser-

formal son básicamente dos: que hayan sido producidas por la autoridad competente y que hayan sido creadas de acuerdo al procedimiento previsto en otra norma de mayor jerarquía (Guastini, 2004: 127-128). Consecuentemente, la identificación de disposiciones normativas formalmente válidas es una cuestión empírica susceptible de corroboración, en el sentido de que puede comprobarse que la disposición fue dictada por autoridad competente y siguiendo el procedimiento previsto por el sistema. Ello quiere decir que el enunciado que describa esos hechos es susceptible de ser calificado como verdadero o falso.<sup>45</sup>

Por otra parte, la disposición no solo debe ser válida formalmente, sino también encontrarse vigente en el sentido de no haber sido derogada o eliminada del ordenamiento jurídico por otros mecanismos que aquél contemple. La constatación de que se trata de una disposición no derogada puede resultar sencilla si hablamos de derogación expresa (y que podría verse en un enunciado del tipo «la disposición D no se encuentra expresamente derogada»), aunque algo más compleja en el caso de la derogación tácita.<sup>46</sup>

Las actividades 1) y 2), por tanto, individualizan la disposición válida que parece ser aplicable al caso concreto y tomarán, fundamentalmente, la forma de enunciados descriptivos y, consecuentemente, se les aplicará el criterio de corrección epistémica (corrección como verdad).

La tercera actividad consiste en la atribución de significado a las disposiciones válidas *prima facie* aplicables, es decir, en su interpretación. Podemos representar el resultado de esta actividad en un enunciado simple de la forma «la disposición D significa N». Ahora bien, la naturaleza de este enunciado dependerá de la teoría e ideología sobre la interpretación que se adopte, y ello condicionará la tipología de corrección y el tipo de criterio que opera en un juicio de corrección a su respecto. Así, si se asume una teoría cognitiva, el enunciado no hace más que describir el resultado de un acto de conocimiento que identifica el auténtico o único significado de la disposición, y siendo esta identificación correcta, es susceptible de ser calificado como un enunciado verdadero. Una teoría escéptica dirá que el enunciado expresa una decisión, y que aquella decisión es producto de ciertas elecciones valorativas. La decisión requiere, por una parte, la identificación de los significados semánticamente admisibles y jurídicamente posibles (Comanducci, 2011) y, por otra, la elección de

---

ve la *validez formal* para las *disposiciones* y la *validez material* para las *normas* (2004: 130-131).

45. No obstante, esta reconstrucción falla para dar cuenta de supuestos en que se identifica una disposición aplicable que no cumple con estos requisitos, pero que una determinada comunidad sigue aplicando para solucionar un problema por razones de carácter práctico, de funcionamiento. Por ejemplo, normativa dictada en dictadura (decretos leyes en el caso chileno) que continúa aplicándose bajo el argumento de que no hacerlo produciría desregulación.

46. Partiendo de la base de que la derogación tácita operaría entre normas y no entre disposiciones.

uno de aquellos significados. Esta elección puede consistir, por ejemplo, en imprimir una jerarquía a las directrices interpretativas que emplea el intérprete (por ejemplo, dándole prioridad al argumento teleológico por sobre el del tenor literal), de manera tal que, respecto de la disposición en cuestión, ella deba ser entendida como la norma N. Puede también simplemente consistir en justificar la decisión interpretativa por medio del uso de un argumento interpretativo determinado (por ejemplo, el argumento de la equidad). Juzgar este enunciado como (axiológicamente) correcto, entonces, requiere compartir ese criterio valorativo.

El enunciado «la disposición D significa N» puede ser descompuesto en varios enunciados que operan como argumentos. Alguno de ellos, puede consistir en defender la validez material de la norma,<sup>47</sup> postulado que está estrechamente vinculado con el concepto de derecho, concretamente, con el tipo de conexión que exista, si alguna, entre derecho y moral.<sup>48</sup>

---

47. Para Guastini, una norma expresa que se extrae mediante interpretación de una disposición normativa formalmente válida es *materialmente válida* cuando no contradice otra norma superior; en el caso de la norma inexpressa, la validez material depende, además, de que haya sido extraída de forma persuasiva de una o más normas expresas mediante un procedimiento argumentativo prescrito o consentido por el derecho y/o comúnmente aceptado por la cultura jurídica. Como indica Guastini, cuando la validez sea cuestionada, el juicio de validez *requiere de justificación* y ella suele hacerse recurriendo a la «historia institucional» (Guastini, 2004: 127-128). Así, la validez material de una norma expresa entendida como no contradicción con la norma superior es un problema que se da en sede de interpretación, no de identificación —y en el que intervienen elementos ideológicos— y salvo de que se trate de una discordancia evidente o notoria, el intérprete podría bien resolverla atribuyendo a las disposiciones un significado compatible y dotando a la norma inferior de validez material. Esto es especialmente posible cuando la norma superior de contraste se extrae de una disposición abierta o en la que se usan expresiones con altas dosis de vaguedad. Similarmente ocurre con la validez material de una norma inexpressa, donde la persuasividad de la argumentación que justifica su existencia proviene de cómo se reconstruyan los indicios de aquella norma inexpressa que se encuentran en textos normativos o cuán coherente es con las reconstrucciones comúnmente aceptadas por la comunidad jurídica. Aquí, nuevamente, el intérprete es, en una medida importante, artífice, según esta tesis, de la validez material.

48. Así, por ejemplo, la identificación de disposiciones normativas mediante los criterios de validez formal de *pedigree* que contempla la regla de reconocimiento es inseparable de la tesis de la no conexión identificatoria entre el derecho y la moral del positivismo jurídico metodológico o conceptual, en palabras de Bobbio, o «sin calificativos», en palabras de Escudero: «un positivismo jurídico que excluye la moral, en cuanto instancia valorativa, de los mecanismos de identificación del derecho; que rechaza el criterio material de validez normativa; y que acepta, sin ningún problema, un margen de discrecionalidad en sentido fuerte». Como argumenta sólidamente este último autor, la exclusión de la moral a la hora de identificar el derecho es una consecuencia de la tesis de las fuentes sociales del derecho, según la cual la existencia de las normas jurídicas proviene exclusivamente de una fuente social, esto es, «de un hecho [más o menos complejo] al que el propio sistema jurídico le haya otorgado el carácter de fuente del derecho». Estos hechos son susceptibles de ser descritos avalorativa o neutralmente. Así, el carácter jurídico de toda norma proviene de su origen o fuente, esto es, de una cuestión eminentemente fáctica, y no del contenido o materia regulada por la norma (Escudero, 2004: 260, 209, 218, 265). La principal

A la individualización de la norma del caso a través de la actividad de interpretación sigue la pregunta por su *aplicabilidad interna*: ¿está el caso individual *c* regulado por la norma *N*? O, lo que es lo mismo, ¿es el caso *c* una instancia del caso genérico que aquella norma *N* regula? Una respuesta positiva reconduce a la siguiente pregunta sobre su *aplicabilidad externa*: ¿debe un juez *J* aplicar una norma *N* a un caso *c*? Dicho esto, puede verse que la decisión de si la norma regula o no el caso al que se aplica es un paso posterior a la decisión interpretativa «D significa N1». Por otra parte, la aplicabilidad externa también depende de la interpretación, en tanto que determinar que existe una norma (N2) que obliga al juez a aplicar la norma que regula el caso (N1) requiere interpretar otras disposiciones y extraer N2.<sup>49</sup> Así, ambas dimensiones de la aplicabilidad requieren que haya habido, previamente, interpretación de disposiciones normativas.

Los puntos 4) y 5) versan sobre la posibilidad de que el caso se encuentre regulado por dos o más normas que atribuyen consecuencias contradictorias o que carezca de regulación, dirigiéndose la actividad del juez, respectivamente, a resolver el conflicto o a colmar la laguna. Nótese que Comanducci es cuidadoso al calificar estas actividades mediante el uso del adjetivo «eventual». Ello es útil para construir un modelo, ya que deja espacio para que distintas posiciones teóricas e ideológicas puedan dotar a estas actividades de un contenido más preciso. Así, la existencia de auténticas contradicciones y lagunas que pueden ser identificadas (conocidas) por el intérprete, la idea de que las contradicciones normativas y las lagunas son variables dependientes de la interpretación, la noción de coherencia y completitud como características de los sistemas jurídicos, las formas de resolución de conflictos y eliminación de lagunas, son todos postulados que dependen de presupuestos teóricos e ideológicos sobre el concepto de derecho y de interpretación jurídica. Cuáles sean los criterios de corrección dependerá del estatuto (cognitivo o decisorio) que se le asigne a estas actividades y a los enunciados que de ellas resulten, lo cual depende precisamente de una toma de postura teórica y/o ideológica.

La identificación de textos formalmente válidos (1 y 2) también puede hacerse con el objeto de buscar elementos, típicamente la *ratio*, que subyace a una disposición normativa o que es común a un conjunto de disposiciones, en los casos en que el sistema jurídico no prevea con claridad una solución al problema. Cómo se comprenda esta

---

objeción en contra de la incorporación de un criterio material de validez es su incapacidad para explicar adecuadamente el funcionamiento de los sistemas jurídicos: los operadores del derecho, en los hechos, identifican las normas jurídicas de acuerdo a su origen o forma de producción. La incorporación de la moral para identificar el derecho genera, además, problemas de incertidumbre jurídica y afecta a la *rule of law* entendida como previsibilidad (Escudero, 2004: 236 y ss.; 243 y ss.).

49. Esta distinción entre aplicabilidad externa e interna es de Navarro y Moreso, 1996: 127. Véanse las explicaciones a esta distinción que hace Comanducci, 2010: 123 y ss.

actividad, y en qué tipo de enunciados se plasme, depende de presupuestos sobre el concepto de derecho y de interpretación. Así, si se considera que, aunque el sistema no tenga explícitamente una solución a un problema jurídico, aquel debe solucionarse por la vía de principios implícitos que forman parte del mismo y que pueden reconstruirse a partir de otras normas del sistema —principios dentro de los que se incluyen principios morales—, entonces se asume una determinada forma de entender el derecho (compatible con la propuesta dworkiniana, por ejemplo). Si se considera que tanto la identificación de la laguna como su forma de integración son manifestaciones de la discrecionalidad del intérprete, entonces esta labor de individualización de textos, de articulación de una *ratio*, y de formulación de una norma que regule el caso, se está asumiendo otra forma de entender el derecho (cercana, diría, al realismo genovés).

### *Premisa fáctica*

La premisa fáctica es un enunciado que indica que la conducta regulada abstractamente en la norma se da en concreto. En terminología de otro autor, es una oración de calificación individual<sup>50</sup> que incluye el hecho o conducta concreta como una instancia del hecho o conducta abstracta regulada por la norma.

La premisa fáctica es un enunciado complejo que resulta de una cadena de enunciados producto de las siguientes actividades (Comanducci, 1999a: 81):<sup>51</sup>

- 1) verificación de las pruebas concernientes al caso;
- 2) individualización y calificación jurídica del caso;
- 3) individualización de las características del caso abstracto con que se conectan las distintas consecuencias jurídicas eventualmente previstas por la norma aplicable al caso;

---

50. Esta expresión es de Chiassoni, y se refiere a la premisa calificatoria o subsuntiva en la que un caso individual viene incluido en la clase de casos regulado por la norma general (2011: 37).

51. Aquí se ubica el segundo estadio del modelo teórico de Wróblewski (1967): la confirmación de un hecho dado como probado sobre la base de elementos materiales y de una teoría de la prueba, y la formulación del hecho en el lenguaje de la norma aplicable. Este segundo estadio comienza con la confirmación de un hecho como un hecho probado. Para alcanzar la convicción sobre el acaecimiento del hecho, se recurre a una serie de elementos materiales que son valorados de acuerdo con las reglas de la prueba que rigen en el ordenamiento jurídico de que se trate. En este sentido, la «verificación empírica» que se hace del enunciado sobre los hechos para determinar su verdad se encuentra, en el campo del derecho, reglada por el sistema probatorio y medios de prueba previstos por el ordenamiento jurídico. No es una verificación empírica con características «científicas» en el sentido de que, a diferencia de ésta, tiene restricciones de tiempo, no se interesa siempre por demostrar las relaciones de causalidad entre eventos, y los efectos de la verificación o prueba están regulados por ley. El segundo momento consiste en la formulación del hecho que se tiene por probado en el lenguaje de la norma aplicable. En esta «traducción» se encuentran presentes elementos sintácticos, semánticos y también valorativos. Su modelo sustantivo también contempla esta decisión de prueba, que consiste en aceptar ciertos hechos como probados (y formularlos, agregará, en el lenguaje de la regla sustantiva aplicable).

4) individualización de aquellas características que, entre las mencionadas, están presentes en el caso concreto.

La verificación de pruebas va seguida de enunciados sobre los hechos objeto de prueba. La verdad del enunciado sobre los hechos que el tribunal da por probado dependerá de que exista evidencia empírica que le sirva de respaldo. En este sentido, siguiendo las rectificaciones efectuadas por los propios positivistas lógicos en filosofía de la ciencia, la verificación empírica completa es un ideal imposible de alcanzar, tanto por parte de los científicos como por parte de los jueces, y se morigera exigiendo que se encuentre comprobado solo con cierto grado de probabilidad. Hay veces, sin embargo, que el propio sistema autoriza, en forma indirecta, el empleo de criterios consensuales de verdad respecto de ciertos hechos o hipótesis fácticas que forman la cadena de enunciados fácticos —como lo serían, por ejemplo, los hechos notorios o las máximas de la experiencia que formen parte del acervo de conocimiento común de una comunidad jurídica dada. Pese a ello, pareciese ser que la coherencia entre las proposiciones fácticas no puede ser el criterio exclusivo de corrección de la premisa fáctica —algún contraste con la realidad se precisa— aunque sí es de utilidad a la hora de elaborar el discurso sobre los hechos.

A partir de la verificación de pruebas, el juez construye inferencias probatorias. Una inferencia probatoria es la actividad que lleva a cabo el juez cuando conecta la información de que dispone (indicios, hechos probatorios, evidencia) con una hipótesis (los hechos a probar; estos hechos a probar no son otros que aquellos que puedan subsumirse en los supuestos de hecho genéricos que contempla la norma cuya aplicación se invoca). Esa conexión se efectúa mediante un enlace que, en palabras de González Lagier, «relaciona los hechos a probar con los elementos de juicio». Ese enlace puede ser una «máxima de la experiencia», una regla (por ejemplo, una regla de presunción) o una definición, que se conectan con aquellas hipótesis o hechos a probar mediante inferencias. Siguiendo la clasificación de este mismo autor, las inferencias probatorias pueden ser *epistemológicas*, en el sentido que apuntan a generar nuevo conocimiento, y que usan como enlace una generalización, regularidad empírica o máxima de la experiencia; *normativas*, que son aquellas que emplean como enlace una regla de presunción; e *interpretativas*, que usan una definición como enlace (González, 2014).

El ejercicio de descomponer la premisa fáctica en distintos enunciados y decisiones evidencia que, en su formulación, no se llevan a cabo exclusivamente operaciones cognitivas; dicho de otra forma, que si bien puede considerarse que un rasgo distintivo de la premisa fáctica es que contiene enunciados que describen hechos, además contiene otros elementos no descriptivos, sino valorativos. Así, por ejemplo, si siguiésemos la distinción de Jordi Ferrer entre tres momentos de la actividad probatoria en el proceso —formación del conjunto de elementos de juicio, valoración y decisión

sobre los hechos—, solo en el primer momento, en el que se practica la prueba, se aprecia con mayor claridad la naturaleza epistémica de la operación destinada a probar la verdad de un enunciado sobre los hechos, mientras que los otros momentos necesariamente incluyen operaciones de valoración (Ferrer, 2007: 66 y ss.).

A los enfoques de Comanducci, González Lagier y Ferrer, cabe agregar el de García Amado, quien destaca igualmente el carácter complejo de la premisa fáctica.<sup>52</sup> Para que el juez llegue a formular la premisa fáctica, sostiene, son necesarios una serie de pasos previos que «transformen» los hechos brutos en hechos del caso. En primer lugar, y sobre la base de las interpretaciones que se realizan de las disposiciones normativas, se *seleccionan los hechos* del caso —se individualizan— y se determinan las circunstancias relevantes del mismo que han de ser objeto de prueba. La interpretación del supuesto de hecho contenido en la disposición normativa permite la calificación jurídica del hecho concreto, esto es, la subsunción en la clase de casos previstos por la norma, y la identificación de las características del supuesto de hecho abstracto presentes en el caso concreto. En segundo lugar, deben usarse las normas que rigen la *prueba* de los hechos en un sistema jurídico dado. En palabras simples, prueba es un hecho que se observa directamente y que induce a tener por acaecido otro hecho pasado respecto del cual no cabe observación directa (Guastini, 2004: 134).<sup>53</sup> A través de la prueba, se conjeturan nexos causales entre eventos y se articulan proposiciones descriptivas sobre hechos presentes que dan soporte a proposiciones descriptivas sobre hechos pasados, y que calzan con la descripción prevista en la norma a aplicar. En tercer lugar, el juez debe *valorar la prueba* de acuerdo al sistema de valoración que rija en el ordenamiento jurídico respectivo (por ejemplo, prueba legal o tasada, sana crítica o libre convicción). En ese ejercicio de valoración, recurre a los estándares de prueba que el sistema contemple, que suelen variar según la materia regulada; por ejemplo, el estándar «más allá de toda duda razonable», «la inferencia a la mejor explicación», «probabilidad prevaeciente», «prueba clara y convincente». En cuarto lugar, el juez *acepta como probados* los hechos y los *describe* en el lenguaje de la regla de derecho sustantivo aplicada.<sup>54</sup>

Una última consideración sobre la premisa fáctica. Muchas veces, las disposicio-

---

52. La selección de los hechos, prueba y valoración de la prueba son las tres etapas que distingue García Amado, 2010: 72 y ss.

53. Hay algunas tesis que hablan de «interpretación de los hechos» para referirse a la calificación jurídica de un hecho, o incluso algunas veces para referirse a la prueba de los hechos. Guastini dice que «interpretar un hecho» es una expresión infeliz, toda vez que es confuso el objeto al que se hace referencia: el texto jurídico, en concreto, el supuesto de hecho genérico en el que se pretende subsumir un hecho en concreto; un evento, acto o comportamiento para conjeturar sobre la intención del agente o subsumirlo dentro de una clase de actos, o calificarlo jurídicamente dentro del supuesto de una norma (Guastini, 2011: 9).

54. Esta fase la incorpora Wróblewski, 1992: 30 y ss.

nes normativas emplean términos o conceptos valorativos para describir la conducta o acción a la que se correlaciona cierta consecuencia jurídica, como los de «buena fe», «buen padre de familia», «trato cruel», «fuerza irresistible», «daño», entre otros. Se trata de «hechos determinados valorativamente», en la terminología de Wróblewski (1989: 262 y ss.). La formulación de la premisa fáctica, en estos casos, se enfrenta a un problema adicional: determinar cómo se efectúa la reducción de aquellos predicados valorativos a predicados empíricos; o determinar bajo qué parámetros se lleva a cabo la reconducción de aquellos predicados a indicadores fácticos que permitan afirmar que, en el caso concreto, estamos ante una conducta de buena fe, ante un buen padre de familia, o ante un trato cruel.<sup>55</sup>

### *Decisión*

La decisión es la conclusión resultante de subsumir la premisa fáctica en la premisa normativa. Desde el punto de vista normativo, es una norma individual que resuelve el caso concreto mediante la aplicación de una regla, atribuyendo las consecuencias jurídicas previstas por dicha regla para el caso genérico del que el caso concreto constituye una especie. A esta subsunción se denomina «justificación interna».<sup>56</sup>

Esto se corresponde con el tercer estadio del modelo teórico de decisión judicial que propone Wróblewski, y que se ocupa de la subsunción del hecho probado en la norma. Se trata de una operación lógica y lingüística que exige que se haya precisado el significado de la norma y que el hecho se haya formulado en lenguaje jurídico. Esta operación tiene un carácter más bien mecánico, y la validez lógica que garantiza consiste simplemente en afirmar que, si las premisas son verdaderas, entonces la decisión será necesariamente verdadera.

Wróblewski separa la decisión resultante de esta operación de subsunción de lo que denomina «decisión sobre las consecuencias», que consiste en la determinación de las consecuencias jurídicas de los hechos probados de acuerdo a lo prescrito por

---

55. Esta reflexión se la debo al profesor Caracciolo, quien relevó, con ocasión de la presentación de este trabajo en el seminario de Vaquerías, la cuestión quizás más compleja dentro de la formulación de la premisa fáctica.

56. La conocida distinción entre justificación interna y externa la introduce Wróblewski, 1974: 33 y ss. Es una distinción analítica que se refiere a las condiciones de racionalidad o justificación que deben satisfacer las decisiones judiciales. La distinción opera como herramienta tanto para construir una sentencia como para evaluarla o analizarla, y permite presentar su contenido básico.

GUASTINI indica que, en realidad, el razonamiento deductivo se estructura con más premisas que la premisa fáctica y normativa: 1) la primera premisa es la regla que se aplica, expresa o inexpressa fruto de interpretación decisoria o de creación; 2) la segunda premisa es una proposición fáctica que describe los hechos del caso; 3) la tercera premisa es un enunciado subsuntivo genérico; 4) la cuarta premisa es un enunciado subsuntivo individual (interpretación en concreto); 5) finalmente está la conclusión como regla individual y concreta (Guastini, 2011: 258).

la norma aplicable. Las consecuencias pueden estar determinadas en mayor o menor medida en la norma aplicable, siendo el grado de libertad del intérprete —y consiguientemente, la previsibilidad de las consecuencias— inversamente proporcional a su grado de determinación. A partir de la decisión que resulta de la subsunción y de la decisión sobre las consecuencias, el juez formula una decisión final.

## Conclusiones

He intentado identificar los principales elementos que hay que tener en cuenta para construir un modelo teórico que pueda dar cabida a distintas formas de entender la expresión «decisión judicial correcta». Siguiendo el trabajo de varios autores —principalmente de Wróblewski, Comanducci, Guastini y Chiassoni—, este modelo o representación simplificada propone: 1) descomponer la decisión judicial en distintos enunciados y subdecisiones; dicho de otra forma, presenta la decisión como un conjunto de enunciados y decisiones fraccionadas; 2) agrupar esas cadenas de enunciados y subdecisiones bajo las categorías premisa fáctica y premisa normativa; 3) emplear cuatro significados específicos de corrección: corrección epistémica, corrección axiológica, corrección procesal y corrección lógica, según los elementos entre los que se produce la relación de ajuste (enunciados descriptivos o normas y decisiones, respectivamente) y el tipo de operación involucrada; 4) emplear corrección lógica especialmente para dar cuenta de la justificación interna de la decisión judicial; 5) aplicar la corrección epistémica y axiológica para la justificación de los distintos tipos de enunciados que componen las premisas fáctica y normativa; 6) vincular los criterios específicos de estos tipos de corrección con la teoría y/o ideología que quien emite el juicio tenga en materia de concepto de derecho, interpretación y argumentación y aplicación judicial del derecho (criterios de corrección en concreto); y 7) enfatizar que los juicios de corrección se encuentran condicionados por los presupuestos teóricos e ideológicos que asume el juez o el analista que los realiza.

## Referencias

- AARNIO, Aulis (1991). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ACCATINO, Daniela (2003). «La fundamentación de las sentencias: ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna?». *Revista de Derecho*, 15: 9-35. DOI: 10.4067/S0718-09502003000200001.
- ALEXY, Robert (1998). «Law and Correctness». *Current Legal Problems*, 51: 205-221
- . (2000). «On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique». *Ratio Juris*, 13 (2): 138-147.
- BAILER-JONES, Daniela (2003). «When Scientific models represent». *International Studies in Philosophy of Science*, 17 (1): 59-74.

- . (2009). *Scientific models in philosophy of science*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.
- BARBERIS, Mauro. (2000). *Filosofía del derecho. Un'introduzione teorica*. Turín: Giappichelli.
- BOBBIO, Norberto (1961). «Il positivismo giuridico». *Rivista di Filosofia*, 52: 14-34.
- BULYGIN, Eugenio (2003). «Los jueces ¿crean derecho?» *Isonomía*, 18: 7-26.
- CARACCILO, Ricardo (2011). «Paradigmas de decisión judicial». *Revista Brasileira de Filosofia*, 238.
- CARBONELL, Flavia (2015). «Sobre la idea de decisión judicial correcta». *Analisi e diritto*, 2015: 11-46.
- CHIASSONI, Pierluigi (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Madrid: Marcial Pons.
- COMANDUCCI, Paolo (1991). *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*. 2.ª edición. Turín: Giappichelli.
- . (1998). «Principios jurídicos e indeterminación del derecho». *Doxa*, 21 (2): 89-104.
- . (1999a) «L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale». En Mario Bessone (ed.), *Interpretazione e diritto giudiziale, vol. 1: Regole, metode, modelli* (pp. 1-20). Turín: Giappichelli.
- . (1999b). *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*. México: Fontamara.
- . (2010). «Alcuni problemi concettuali relativi alla applicazione del diritto». *Diritto & Questione Pubbliche*, 10: 21-134.
- DICIOTTI, Enrico (2008). «Controversie interpretative, pretese di correttezza, giustificazioni». En S. Pagliantini, E. Quadri, D. Sinesio (eds.), *Scritti in onore di Marco Comporti, tomo II* (pp. 1.103-1.134). Milán: Giuffrè.
- DWORKIN, Ronald (1978). «No Right Answer?». *New York University Law Review*, 53 (1): 1-32.
- . (1985). «Is There Really No Right Answer in Hard Cases?» En *A Matter of Principle* (pp. 119-145). Cambridge: Harvard University Press.
- . (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press
- . (1996). «Objectivity and Truth: You'd Better Believe it». *Philosophy and Public Affairs*, 25 (2): 87-139.
- . (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press.
- ESCUADERO, Rafael (2004). *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Civitas.
- EZQUIAGA, Francisco (1987). *La argumentación en la justicia constitucional española*. Oñati: HAAE / IVAP.
- FERRER, Jordi (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2010). «Argumentación jurídica y decisión judicial». En *El derecho y sus circunstancias. Nueve ensayos de filosofía jurídica* (pp. 15-128). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- GONZÁLEZ, Daniel (2014). «Presunción de inocencia, verdad y objetividad». En Juan Antonio García Amado (coord.), *Prueba y razonamiento probatorio en derecho* (pp. 87-116). Granada: Comares.
- GUASTINI, Riccardo (1997). «Enunciati interpretativi». *Ars Interpretandi*, 2: 34-40.
- . (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- . (2001). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. 3.<sup>a</sup> ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- . (2004). *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milán: Giuffrè.
- . (2006). *Il diritto come linguaggio. Lezioni*. Turín: Giappichelli.
- . (2011). *Interpretare e argomentare*. Milán: Giuffrè.
- HART, H.L.A. (1977). «American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Nobel Dream», *Georgia Law Review*, 11 (5): 969-989.
- IGLESIAS, Marisa (1999). *El problema de la discrecionalidad judicial: Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- JIMÉNEZ CANO, Roberto (2009). «Positivismo ideológico e ideología positivista en Norberto Bobbio: precursor del positivismo ético». *Papeles el tiempo de los derechos*, 7. Disponible en <http://bit.ly/2kw7Vcx>.
- LAPORTA, Francisco (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta.
- MACCORMICK, Neil (1997). *Legal reasoning and legal theory*. 2.<sup>a</sup> ed. Oxford: Clarendon.
- MAZZARESE, Tecla (1996). *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*. Turín: Giappichelli.
- NAVARRO, Pablo y José Juan Moreso (1996). «Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas». *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 5: 119-139.
- NEUMANN, Ulrich (1995). «Positivismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre 'delincuencia estatal' en la anterior RDA». *Doxa*, 17-18: 435-444.
- PERELMAN, Chaïm y Paul Foriers (eds.) (1978). *La motivation des décisions de justice*. Bruselas: Bruylant.
- REICHENBACH, Hans (1961). *Experience and prediction*. Chicago: University of Chicago Press.
- ROBILANT, Enrico di (1968). *Modelli nella filosofia del diritto*. Bolonia: Il Mulino.
- SAUVEL, Tony (1955). «Histoire du jugement motivé». *Revue du droit et de la science politique en France et a l'étranger* (pp. 5-53).
- TARELLO, Giovanni. (1984). «Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici moderni». En S. Castignone, R. Guastini y G. Tarello (eds.), *Introduzione teorica allo studio del diritto. Prime lezioni* (pp. 275-291). Génova: ECIG.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (1967). «Il modello teorico dell'applicazione della legge». *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLIV, III (1): 10-30.

- . (1974). «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision». *Rechtstheorie*, 14 (5): 33-46.
- . (1989). *Sentido y hecho en el derecho*. San Sebastián: Universidad del País Vasco.
- . (1992). *The Judicial Application of the Law*. Dordrecht: Kluwer.

### **Reconocimientos**

Este artículo forma parte de la investigación desarrollada en el marco del proyecto Fondecyt de iniciación 11140245. Agradezco las muy útiles observaciones que me hicieron dos evaluadores anónimos, así como los valiosos comentarios que recibí de los participantes del Seminario Internacional de Teoría del Derecho realizado en Vaquerías en septiembre de 2016.

### **Sobre la autora**

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO es abogada, doctora en Derecho y profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es fcarbonell@derecho.uchile.cl.

## REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA

---

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

### DIRECTOR

Álvaro Castro  
([acastro@derecho.uchile.cl](mailto:acastro@derecho.uchile.cl))

### SITIO WEB

[rej.uchile.cl](http://rej.uchile.cl)

### CORREO ELECTRÓNICO

[cej@derecho.uchile.cl](mailto:cej@derecho.uchile.cl)

### LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial  
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo  
estuvieron a cargo de Tipografía  
([www.tipografica.cl](http://www.tipografica.cl)).