

TOMÁS-JAVIER ALISTE SANTOS

**LA MOTIVACIÓN
DE LAS RESOLUCIONES
JUDICIALES**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	17
PRÓLOGO	19
INTRODUCCIÓN	25
I. GÉNESIS, DESARROLLO Y CONSOLIDACIÓN DEL DEBER DE FUNDAMENTACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES	33
1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.....	33
2. ESTADO DE LA CUESTIÓN	34
3. LA PRAXIS DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL A LA LUZ DEL DERECHO PROCESAL ROMANO	36
A) La motivación de sentencias en el orden jurisdiccional civil romano.....	38
a) <i>Ordo iudiciorum privatorum</i> : las acciones de la Ley	38
b) <i>Ordo iudiciorum privatorum</i> : el procedimiento formulario.....	40
c) La <i>cognitio extraordinem</i>	47
B) La fundamentación de las resoluciones en el enjuiciamiento criminal romano.....	55
a) <i>Iudicia populi, quaestiones extraordinarie y quaestiones perpetuae</i>	56
b) La represión penal bajo el procedimiento de la <i>cognitio extraordinem</i>	57
4. CONSIDERACIONES SOBRE LA MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES EN LOS PROCESOS VISIGODOS Y ALTOMEDIEVALES	58
A) Análisis de la legislación procesal visigoda	58
B) La garantía de motivación judicial en el proceso altomedieval.	60

	Pág.
5. DESARROLLO Y DIFUSIÓN DEL DEBER DE MOTIVAR POR LA DOCTRINA DEL <i>IUS COMMUNE</i>	63
A) Elaboración de la garantía de motivación por el Derecho canónico	64
a) Legislación y doctrina canónica en torno a la motivación.	66
b) El criterio del Cardenal Hostiense y su influencia en la doctrina procesal posterior canónica y secular	69
B) Consideraciones sobre la motivación en la literatura procesal española del <i>ius commune</i>	71
a) El rastro de la garantía de motivación en diversos manuscritos medievales hispánicos.....	74
C) Recepción del Derecho romano-canónico en la legislación procesal española del <i>ius commune</i>	81
a) Las huellas de la motivación en el Fuero Real y el Espéculo	81
b) El tratamiento de la motivación en la Partida Tercera.....	82
D) El error doctrinal y su mantenimiento hasta la codificación del Derecho procesal	84
6. OBSERVACIONES SOBRE LA PRÁCTICA DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL DURANTE LA MONARQUÍA CATÓLICA	87
A) Juicio crítico sobre la tesis que proclama la inexistencia de la obligación de motivar resoluciones judiciales en Castilla.....	87
B) La práctica de la motivación en otros reinos españoles.....	101
C) La prohibición de motivar las sentencias: la Ley VIII, tít. XV, Lib. XI de la Novísima Recopilación	102
7. PROGRESIVA RESTAURACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR RESOLUCIONES JUDICIALES DURANTE EL SIGLO XIX.....	107
A) Asentamiento legal de la obligación de motivar en el sistema normativo liberal	108
a) La propuesta sobre motivación del diputado Cea en las Cortes de Cádiz	109
b) Otras propuestas exigiendo la consagración normativa liberal de la obligación de motivar	111
c) Tímida recepción normativa: el ejemplo del deber de motivar las sentencias mercantiles	120
B) La consolidación legal de la obligación de motivar las sentencias penales y civiles	122
a) El deber de motivar en el enjuiciamiento penal	123
b) El deber de motivar en el enjuiciamiento civil: la Instrucción del Marqués de Gerona y la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855	126
C) El nacimiento de la controvertida cuestión en torno a los «fundamentos de casación».....	129

	Pág.
8. RECAPITULACIÓN. REFLEXIONES SOBRE LA TESIS QUE VINCULA LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR CON EL LIBERALISMO	134
II. LA MOTIVACIÓN JUDICIAL ENTENDIDA COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL Y OBLIGACIÓN LEGAL: EN TORNO A LA CONFIGURACIÓN, FUNCIÓN, ALCANCE Y EXTENSIÓN DE LA MOTIVACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	137
1. IMPLICACIONES DEL RECONOCIMIENTO DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL	137
A) Consideraciones sobre el concepto genérico de garantía.....	137
B) Reconocimiento de la motivación judicial como garantía constitucional	138
C) La motivación entendida como instrumento de vinculación del juez a la ley	140
D) La garantía de motivación judicial y su relación directa con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE	145
E) El camino hacia la subversión de la garantía constitucional de motivación judicial: la falsa analogía entre jurisdicción y mediación.....	148
2. FUNCIONES DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL	155
A) Función endoprocesal de la motivación judicial	157
B) Función extraprocesal de la motivación judicial.....	158
3. ALCANCE Y EXTENSIÓN DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL.....	160
A) Control de la discrecionalidad judicial a través de la motivación	160
B) La contraposición doctrinal y jurisprudencial entre los conceptos de «motivación completa» y «motivación suficiente»	164
C) La idea de «motivación correcta o aceptable» como elemento para la superación de la controversia doctrinal y jurisprudencial entre motivación «completa» y «suficiente»	170
4. EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR EN EL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL	172
A) Reconocimiento de la obligación de motivar en el Derecho procesal orgánico y en la legislación específica de los diversos órdenes jurisdiccionales.....	173
B) Especial referencia a la plasmación normativa de la obligación de motivar en la LEC 1/2000 y su carácter supletorio respecto a la normativa del resto de órdenes jurisdiccionales.....	180
5. TIPOLOGÍA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES MOTIVADAS	182
A) Sentencias	184
a) La sentencia absolutoria de instancia	186
b) La sentencia oral.....	187
c) La sentencia de los tribunales de segunda instancia	188

ÍNDICE

	Pág.
d) La garantía de motivación en las sentencias dictadas por instancias judiciales supranacionales	189
B) Los autos	196
a) Especial referencia normativa y jurisprudencial a los autos dictados en el orden jurisdiccional penal.....	197
b) La polémica cuestión en torno a la arbitrariedad de la motivación de los autos de denegación de amparos en los Tribunales Constitucionales.....	210
C) Las providencias y la discrecionalidad judicial en cuanto a su motivación.....	224
D) La naturaleza de la motivación de las resoluciones judiciales derivadas del ejercicio de la potestad disciplinaria	228
6. EXAMEN SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR EN DIVERSOS SUPUESTOS CONTROVERTIDOS.....	229
A) Motivación por formularios	229
B) Motivación implícita	230
C) Motivación <i>per relationem</i>	232
D) Motivación reforzada	232
E) Motivación concisa o sucinta.....	234
III. LA MOTIVACIÓN JUDICIAL COMO EXPEDIENTE IDÓNEO DE RECEPCIÓN DE LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO PROCESAL.....	235
1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES A PROPÓSITO DE LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICO-CONCEPTUAL DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL.....	235
A) En torno a los conceptos de «motivación», «fundamentación» y «justificación» y su caracterización como elementos limitadores positivos de la motivación judicial.....	238
a) Especial relevancia de la justificación como elemento necesario de las decisiones judiciales.....	243
B) Distinción conceptual entre «arbitrariedad», «discrecionalidad» y «arbitrio» entendidos como elementos limitadores negativos de la motivación judicial en el Derecho procesal.....	244
a) Reflexión sobre la necesidad de superación de <i>lege ferenda</i> la carga peyorativa del concepto «arbitrio judicial» como contexto previo y necesario para la justificación de las decisiones judiciales	249
2. FALACIAS Y VERAS ACERCA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL...	252
A) La falacia de la teoría del silogismo judicial como medio único, necesario y suficiente de justificación de la decisión judicial	252

ÍNDICE

	Pág.
a) La falacia de la tesis de la única respuesta correcta como subtipo de la teoría del silogismo judicial.....	255
B) Las teorías de la argumentación jurídica y su papel en la construcción del razonamiento de las decisiones judiciales	258
3. LA PERSPECTIVA ANALÍTICA, DIALÉCTICA, TÓPICA Y RETÓRICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SU CONEXIÓN CON EL TEMA DE LA MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES	268
A) Especial referencia al enfoque analítico: Las inferencias inductivas, deductivas e hipotéticas.....	277
4. ESTRUCTURA DEL RAZONAMIENTO EN LA MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES.....	286
A) Distinción dogmática entre motivación <i>coram proprio iudice</i> y motivación <i>coram partibus</i>	286
B) Construcción de la motivación <i>coram proprio iudice</i> : elaboración de la <i>quaestio facti</i> y de la <i>quaestio iuris</i>	287
C) La <i>quaestio facti</i>	294
a) Estructura del juicio fáctico: los «antecedentes de hecho» y la «declaración de hechos probados»	295
b) Selección y valoración del material probatorio	298
c) Valor probatorio de los diversos medios de prueba.....	326
d) Valor probatorio de las presunciones, la prueba indiciaria y las llamadas máximas de experiencia.....	341
e) Reflexión sobre la capacidad de iniciativa probatoria de los jueces en los órdenes jurisdiccionales civil y penal.....	349
f) Consideraciones críticas a propósito de la jurisprudencia sobre apreciación conjunta de la prueba	367
D) La <i>quaestio iuris</i>	374
a) El proceso lógico de subsunción en la norma de los hechos jurídicamente calificados como probados.....	376
E) Exigencias formales de la motivación <i>coram partibus</i>	378
5. NOTAS SOBRE EL RAZONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES DE APELACIÓN.....	382
A) La colegialidad en la toma de decisiones judiciales y su relación con la obligación de motivar	383
IV. PATOLOGÍAS EN TORNO A LA MOTIVACIÓN Y SU REFLEJO EN LA PRÁCTICA FORENSE DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES	389
1. FACTORES EXÓGENOS AL PROCESO QUE INCIDEN EN LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR	391
2. LA MOTIVACIÓN INSUFICIENTE Y LOS VICIOS EN LA MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES.....	392
A) Impugnabilidad ordinaria de las resoluciones por insuficiencia o incorrección en la motivación.....	392

ÍNDICE

	Pág.
B) Los vicios en la motivación de las resoluciones judiciales: los errores <i>in procedendo</i> y los errores <i>in iudicando</i>	394
a) Errores formales en la motivación: vicios <i>in procedendo</i> ...	396
b) Especial referencia a los errores materiales en la motivación: vicios <i>in iudicando</i>	397
3. RELACIÓN DIRECTA ENTRE LA INSUFICIENCIA DE MOTIVACIÓN Y LA POSIBILIDAD DE IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL	405
4. CONSIDERACIONES SOBRE LA INEFICACIA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DICTADAS BIEN CON DEFECTO ABSOLUTO DE MOTIVACIÓN, BIEN EN ABIERTA CONTRAVENCIÓN CON LA GARANTÍA DE MOTIVACIÓN	408
A) Las categorías dogmáticas de «inexistencia» y «nulidad» y su aplicación a la sentencia desprovista absoluta o parcialmente de fundamentación	411
a) La sentencia sin motivación como sentencia contra <i>ius constitutionis</i> en el Derecho romano y su proyección en el incidente de nulidad de actuaciones del Derecho procesal moderno	411
b) El problema de alegación de la «inexistencia» por falta absoluta de motivación de la sentencia en el Derecho procesal español actual	413
c) Especial referencia a la declaración de «inexistencia» de sentencia penal por falta absoluta de motivación	416
d) Síntesis conclusiva en torno a la categoría de la «inexistencia» alegando defecto absoluto de motivación	417
B) Los recursos por infracción de ley y de casación como medios para declarar la nulidad de la sentencia dictada sin el cumplimiento de las prescripciones legales acerca de su motivación...	418
C) Refutación de la tesis jurisprudencial y doctrinal que proclama la restricción de la casación al control de la legalidad de la <i>quaestio iuris</i>	421
D) Notas sobre el proceso de revisión y el control de la garantía de motivación en el <i>iudicium rescissorium</i>	426
5. ¿POR QUÉ NO ESTÁ OBLIGADO A MOTIVAR EL JURADO?.....	429
A) Crisis de la garantía constitucional de motivación en el proceso ante el jurado	431
B) El núcleo de la controversia: motivar no es explicar	435
C) El difícil papel del juez en la redacción motivada de la sentencia en los procesos ante el Jurado.....	440
CONCLUSIONES	443
BIBLIOGRAFÍA	455
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	473

PRÓLOGO

Los grandes esfuerzos que en los últimos años Tomás ALISTE SANTOS ha dedicado a la investigación minuciosa sobre el que es uno de los temas centrales de la actual problemática del Derecho obtienen ahora su fruto con la publicación de su tesis doctoral, brillantemente defendida hace pocos meses en la Universidad de Salamanca. Sin duda es un momento de alegría para quien ha podido observar de cerca el ahínco de su dedicación y la preocupación por la pulcritud en sus argumentaciones y por la fortaleza de sus resultados.

El reciente doctor no debiera ser un autor desconocido por los que estén más o menos al día en las publicaciones del ámbito jurídico, si bien es verdad que la amplitud de los temas tratados no facilita en absoluto su conocimiento completo y puede privar a lectores interesados de algunos de sus originales e incisivos acercamientos a grandes problemas actuales, y desde luego no sólo procesales. Desde una interpretación atrevida del art. 1976 del Código Civil, que le permitió una lectura vigente de las Partidas, hasta el análisis —con consecuencias actuales de gran calado— de la capacidad para ser parte del nasciturus, pasando por una fundada visión crítica de la orden europea de detención y entrega o por las raíces antiguas de un futuro proceso civil europeo, Tomás ha ido trabajando con escasas pausas y con especial denuedo, a pesar de encontrar en el camino numerosos obstáculos.

Ciertamente este investigador podía prever que el periplo hacia la colación del grado de doctor en el viejo estudio salmantino no sería fácil y, tanto por los amargos comentarios que recibía de algunos de nuestros mayores —en especial, por los consejos realistas de la profesora CALVO SÁNCHEZ—, como por las detenidas conversaciones conmigo, sabía bien que la opción por la investigación y la docencia universitaria tiene hoy en día escasos alicientes. A pesar de todo, insistió en demostrar su interés y, por mi parte, no dudé en ofrecerle mi apoyo para todo aquello que estuviera en mi mano, aun sabiendo ambos que las limitaciones y estrecheces de la Universidad española no dan para grandes esperanzas.

Ignorábamos en ese preciso momento lo que nos iba a deparar la vida en los años siguientes, pues al poco tiempo me vi inmerso en un larguísimo y muy

complejo procedimiento de habilitación, que tuve que simultanear, entre otras cosas, con la dirección de las primeras investigaciones de Tomás ALISTE. Los sinsabores e injusticias que venían por un lado quedaban pronto compensados por las satisfacciones del día a día, y entre ellas, por supuesto, por los frecuentes diálogos con este estudioso, nada cómodos por la sinceridad y tenacidad del interlocutor, pero siempre fructíferos y leales, primero en el contexto de la elaboración de su espléndido trabajo de grado y luego, con mayores pertrechos argumentativos, en el de la tesis doctoral. Es justo precisar de inmediato que el autor, en un rasgo de valentía no muy frecuente, decidió cambiar por completo de objeto de estudio y a ello se debe precisamente que el lector tenga hoy en sus manos esta valiosa monografía.

Haciendo de la necesidad virtud, podría decir que la vorágine que nos ha tocado vivir durante estos años nos ha enseñado mucho sobre la Universidad y sobre las personas que en ella habitan. Pero el doctor ALISTE SANTOS, y con seguridad también muchos otros compañeros, estarán de acuerdo conmigo en que no esperábamos tantos inconvenientes, empezando por las irracionales desconfianzas institucionales hacia la prestigiosa —y por lo que se vio, desconocida por más de una autoridad académica— beca del Congreso de los Diputados, obtenida tras un arduo concurso de méritos en el que compitieron candidatos de todo el ámbito hispanoparlante; o siguiendo por la actual imposibilidad de sacar a concurso una plaza vacante de profesor asociado de tres horas —a pesar de que sigue nominalmente presente en la famosa RPT—, por el mero hecho de que no hay financiación ni para las migajas.

La economía especulativa, como vemos, tiene paradójicas y negativas consecuencias precisamente para la especulación científica en la Universidad, en todo aquello que no dé resultados inmediatos y aún, dada la gravedad de la situación, en planteamientos directamente productivos, aunque situados en áreas de difícil cuantificación monetaria, pero relativos a aspectos tan esenciales para la comunidad social como los que se refieren a la garantía última de los derechos e intereses legítimos.

La implantación de los nuevos grados, la organización de continuos cursos, congresos y másteres que producen evidentes ingresos a la Universidad, la obtención de ostentosas declaraciones oficiales como la de grupo de excelencia, la dedicación de gran parte del tiempo en puestos de gestión en beneficio de la institución a la que servimos o incluso la concesión de sucesivos sexenios de investigación a los miembros del área no nos otorgan títulos suficientes para acoger a pretendientes tan animosos y tan bien preparados como el que presenta este encomiable trabajo a la comunidad científica.

Una vez más la Universidad española aleja de sí misma a los sobresalientes, en el mejor de los casos ante la impotencia de las autoridades universitarias que deben administrar la miopía de las instituciones públicas encargadas de sostener a las Universidades y que deberían ser las principalmente preocupadas por asegurar la calidad —... y la continuidad— de su futuro como centros autónomos y libres de producción del saber.

Como antes decía, para el doctorando la tarea no ha sido fácil: han sido numerosos los motivos que pudieran haber justificado el desistimiento o que,

como mínimo, le pudieran haber descentrado en la imprescindible reflexión que se requiere para culminar un estudio como el presente. Pero Tomás ALISTE SANTOS ha conseguido superar con facilidad el desaliento y se ha preocupado mucho por hacer investigación de calidad, acudiendo a los más inverosímiles documentos históricos, buscando nuevas perspectivas, trayendo al ámbito jurídico procesal conceptos propios de otras ramas del conocimiento jurídico o atreviéndose a hacer valoraciones esmeradas que se exponen con claridad en las páginas que siguen.

Una de las virtudes principales de este investigador es el coraje. Sin él no se hubiera atrevido a acometer, desde una perspectiva predominantemente procesal, un tema tan complejo y rico en consecuencias como el de la motivación de las resoluciones judiciales, en el que confluyen problemas nucleares también del Derecho constitucional, de la Filosofía del Derecho y de áreas aún más alejadas como la Epistemología o la Psicología. Estamos en lo que hasta hace poco tiempo era considerada sorprendentemente como una especie de tierra de nadie: la formación de la decisión judicial y su expresión y justificación ante la comunidad jurídica.

Es chocante que, salvo muy honrosas excepciones, desde el Derecho procesal la doctrina se haya preocupado mínimamente de las delicadas operaciones que el juzgador debe llevar a cabo desde la valoración de la actividad probatoria a la redacción de la sentencia —o, si queremos considerarlo de manera más genérica, siguiendo la perspectiva del autor de esta obra: desde que el juzgador tiene ante sí los elementos necesarios para resolver hasta que dicta la resolución correspondiente, cualquiera que ésta sea y cualquiera que fuere su contenido—. Cuando acudimos ante el órgano jurisdiccional en busca de una respuesta ante una petición más o menos fundada, esperamos que atienda a nuestras alegaciones, aprecie nuestros medios de prueba y adopte la decisión que en consecuencia entendemos que corresponde según el Derecho vigente. Comparando con la exuberancia de otros sectores de nuestra especialidad, sorprende la cierta dejadez que hemos tenido respecto al estudio meticuloso del momento de la decisión judicial y, consiguientemente, de su adecuado y efectivo control. La explicación de esta situación probablemente pueda encontrarse en su dificultad.

Con una acertada opción metodológica a favor de la aplicación preponderante de las teorías de la argumentación jurídica, el autor acomete su estudio con una sistemática diáfana y con un envidiable afán de completitud. En el desarrollo de su análisis se percibe, además, con claridad otra de sus virtudes, que en un estudio como éste es cortesía para el lector. Me refiero a la precisión con la que escribe y a la claridad de sus razonamientos. Desde sus pequeñas publicaciones iniciales, sobre las que también tuve la oportunidad de discutir, así como de sugerir mejoras o en algún caso modificaciones, ya destacaba su estilo escueto de exponer sus ideas, sin preocuparse por llenar páginas, sino por dejar clara su exposición razonada con las palabras indispensables. En esencia se mantiene este estilo en esta obra mayor, aunque la abundancia de fuentes históricas, filosóficas o canónicas pudiera haber hecho correr el riesgo de caer en cierta ampulosidad. En todo caso, si el estudio es amplio se debe a la riqueza de cuestiones que plantea y no a una injustificada y patológica hinchazón.

Un doctorando que se precie no debería seguir sin más al pie de la letra los dictados de su director, sino escuchar, valorar y, en su caso, discutir las sugerencias de quien le conduce en el estudio, decidiendo luego por sí mismo, aunque siempre sometido a un control de coherencia de quien tiene normalmente más experiencia en la investigación. Así ha ocurrido también en este caso, con gran aprovechamiento por quien escribe estas primeras páginas de presentación. Pero debo añadir enseguida que no todas las sugerencias propuestas fueron acogidas, lo cual no debería tomarse como la manifestación de una disconformidad por mi parte, sino todo lo contrario. Efectivamente, una de las críticas que los procesalistas de la Escuela salmantina solemos hacer se dirige a los capítulos históricos que encabezan algunas investigaciones. Es probable por ello que llame la atención la primera parte de la investigación dedicada a la génesis, desarrollo y consolidación del deber de fundamentación de resoluciones judiciales. En realidad la crítica suele basarse en que, normalmente, ni se utiliza el método histórico de investigación, ni se trata de verdaderos estudios históricos, sino una mera recopilación de datos —muchas veces inconexa e incompleta— procedentes de otras publicaciones y que se incluyen con la simple finalidad de rellenar. No es éste el caso ante el que nos encontramos: Tomás, consciente de la importancia que tienen en esta problemática los antecedentes históricos, consigue demostrar la sustantividad de esa parte del estudio, con logros importantes que son examinados con una infrecuente actitud crítica, que justifica plenamente su incorporación a esta monografía.

No podían faltar las consideraciones constitucionales y legales del deber de motivar, de nuevo con un afán sistemático impecable, que le lleva a diseccionar los diferentes aspectos del objeto de estudio. Es destacable la constatación de la necesidad de controlar la discrecionalidad judicial y el análisis de distinciones doctrinales y jurisprudenciales como la de la «motivación completa» y la de «motivación suficiente», a las que aporta propuestas mesuradas de superación. Como muestra del carácter completo de este estudio puede observarse el apartado sobre los tipos de resoluciones motivadas, en los que aparece no sólo la perspectiva española, sino también la de órganos jurisdiccionales supranacionales o de tribunales extranjeros, pero de gran prestigio, como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos o el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, de cuya praxis se obtienen enseñanzas de gran interés. O especialmente, el examen de lo que denomina supuestos controvertidos en cuanto a la obligación de motivar.

El capítulo central del estudio y el de mayor densidad dogmática es el dedicado a mostrar cómo aplicar la racionalidad de la argumentación al deber de motivar, lo cual implica obviamente una gran tarea de construcción de vías objetivas para que el razonamiento judicial pueda entenderse justificado, tanto para el propio juez, como para las partes procesales, con una original aplicación de conceptos procedentes del procesalismo canónico hasta ahora prácticamente desconocidos para nosotros, como el criterio de la «certeza moral», discutible —ciertamente— pero de indudable importancia. De este modo, el autor emprende una minuciosa tarea de distinción de lo que llama «elementos limitadores positivos de la motivación judicial», centrándose acertadamente en el de justificación. Con su crítico instrumental, pasa a analizar posiciones tradicionales ya superadas como la del silogismo judicial. Se detiene en el enfo-

que analítico examinando el valor de los distintos tipos de inferencias para la formación de la decisión judicial. Pero donde se encuentra el centro de gravedad de la investigación está en el estudio del razonamiento, objeto de un atento examen que distingue el juicio fáctico, con sus elementos estrictamente fácticos, así como los probatorios —sin sustraerse de tomar postura ante cuestiones polémicas— y el juicio jurídico, bastante menos problemático. Todo ello es objeto de reflexiones específicas para los casos de que se trate de órganos jurisdiccionales colegiados, dada su particular manera de adoptar las decisiones.

En el último capítulo, por si no hubiera quedado claro que el estudio teórico tiene inmediatas consecuencias prácticas, la obra se centra en las patologías de la motivación y las eventuales vías para su control, con consideraciones jugosas acerca de los casos de insuficiencia o incorrección de la motivación —teniendo en cuenta también los casos en que los errores son meramente formales y aquellos en que los vicios en la motivación se deben a errores materiales—, así como los supuestos en los que puede afirmarse llanamente que la motivación no existe, con toda la problemática que de ello se deriva por la ausencia absoluta de justificación de la decisión judicial. No hubiese estado completa la investigación si no hubiera tratado también la difícil compatibilidad entre el deber de motivar y la presencia en nuestro ordenamiento de un tribunal en el que los legos deben decidir —en principio— en exclusiva sobre la quaestio facti.

Se trata, en definitiva, de una investigación muy formativa, tanto para quien la ha elaborado, como para quien tenga interés en leerla. La pulcritud de las argumentaciones y la fortaleza de los resultados no están reñidas, por supuesto, con la posibilidad de disensiones, consustanciales a nuestra área de conocimiento y a nuestro modo de razonar, pero todo ello no impide en modo alguno que la doctrina procesalista deba congratularse objetivamente por la publicación de este estudio serio y fundamentado, y quizás también la Universidad española lamentarse por tratar tan mal a quien tanto está demostrando apreciarla.

Sa Ràpita (Mallorca), a 28 de diciembre de 2010.

Lorenzo M. BUJOSA VADELL
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

INTRODUCCIÓN

La presente obra, que recibe por título *La motivación de las resoluciones judiciales*, pretende ofrecer una respuesta doctrinal a la compleja cuestión de qué entendemos por motivación de las resoluciones judiciales desde una perspectiva de análisis eminentemente procesal. Los años volcados en el estudio de tal garantía no han hecho sino confirmar la sospecha sobre la complejidad de la misma, integrada en el difícil *ars iudicandi* que con mayor o menor perfección técnica practican los jueces y tribunales cada día, dictando infinidad de resoluciones judiciales, bien o mal motivadas, que afectan a un sinnúmero de personas, cosas y bienes, hasta entonces pendientes de una decisión, de un acto de voluntad de la jurisdicción que acierte a expresarse de forma motivada en la resolución judicial. El ejercicio motivado de ese acto de voluntad es verdaderamente crucial y en sí mismo conlleva un enorme ejercicio de responsabilidad que sintetiza la difícil tarea de enjuiciamiento asumida por los jueces cuando juzgan los actos de sus semejantes. No en vano, aún hoy estremece a cualquiera que tenga un mínimo de sentido común el mandato evangélico que nos advierte de tan ardua tarea aseverando el célebre *nolite iudicare!* Y, sin embargo, el estudio de la garantía de motivación judicial nos permite entender bien el rigor de este mandato, que es compatible con el ejercicio de la jurisdicción, pudiendo afirmarse con certeza que no lo contraviene, precisamente por la estrecha relación que une la necesidad y garantía de motivar las decisiones judiciales con los valores de justicia y seguridad perseguidos siempre por el ordenamiento jurídico.

El imperativo de motivar, de fundamentar las resoluciones judiciales, especialmente las sentencias, encontró pronto una acogida favorable en nuestro sistema normativo. Así puede constatararse en algunas de las leyes procedimentales de los cuerpos normativos históricos, en las que ya se advierte la necesidad de motivar las decisiones judiciales, disponiéndose al efecto reglas adecuadas para controlar la práctica del arbitrio judicial, como veremos tan distinto de la arbitrariedad. Arbitrio que lícitamente desarrollaban nuestros tribunales durante el dilatado periodo del *ius commune*, observando una motivación implícita de sus decisiones jurisdiccionales, ajustándose sus fa-

llos a las exigencias de la *aequitas nondum constituta* y guardando siempre fidelidad a la vieja máxima que ordenaba estimar el conjunto del material probatorio *ex aequo et bono*.

El devenir de los siglos marcará la continuidad de una práctica forense fiel a la *aequitas nondum constituta* hasta que el racionalismo jurídico ilustrado comience a cuestionarla, despreciando aquel prudente arbitrio de los tribunales, trocándolo en arbitrariedad irracional, y, finalmente acabe destruyéndolo en beneficio de la cristalización del deber de motivar en diversas reglas normativas dictadas de acuerdo al racionalismo que preside la labor legislativa de la codificación, desterrándose desde entonces aquel viejo arbitrio judicial de los tribunales del Antiguo Régimen en beneficio de un arbitrio reglado, manifestación de la racionalidad expresada en las leyes, y sujeto en cuanto a su motivación a la voluntad del legislador, que regulará su práctica con una mayor o menor intensidad dependiendo del tipo de resolución que se trate. La voluntad de motivar del legislador durante el siglo XIX se expresa positivamente en la legislación de forma progresiva obedeciendo al entendimiento de la misma de acuerdo a las pautas de un racionalismo jurídico expresivo de un positivismo formalista y normativista muy marcado. Así, por ejemplo, el imperativo de motivar las resoluciones judiciales, especialmente las sentencias, aparecerá expresamente recogido en el art. 333 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, nuestra primera Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque ya había encontrado recepción normativa en textos anteriores. De cualquier forma, lo que aquí tratamos de destacar es que desde entonces su vigencia normativa viene siendo una constante, encontrándose numerosas referencias en nuestras leyes que apoyan esta afirmación. Así, entre otras, véase su recepción en el art. 120.3 CE, en los arts. 141 y 142 LECrim, en el art. 248 LOPJ, o en los arts. 208.2, 209 y 218.2 LEC.

Y, sin embargo, a pesar de la decidida positivización de esta garantía tanto en la legislación procesal orgánica como en la mayoría de las leyes que regulan los distintos procesos, aun siendo muy clara la voluntad del legislador en torno al deber que tienen los jueces y tribunales de fundamentar sus resoluciones, vemos en no pocas ocasiones que dicha voluntad resulta burlada, bien sea de manera sutil unas veces, o con absoluto descaro en otras. La práctica forense ofrece numerosos ejemplos en este sentido.

El proceso de decisión judicial a menudo suele asimilarse al razonamiento silogístico, que lejos de la simplicidad con la que a primera vista podemos representarlo, lo cierto es que conlleva una serie de juicios complejos, planteando problemas no sólo de justificación interna, es decir, problemas acerca de la *validez* de las inferencias que permiten establecer una relación de dependencia lógica entre las premisas y la conclusión, sino también de justificación externa, es decir, problemas que trascienden el puro análisis lógico formal centrado en la validez del razonamiento e implican un examen adicional sobre la *corrección* del razonamiento efectuado o, dicho en otras palabras, la justificación externa supone un ejercicio de búsqueda y elaboración del conjunto de argumentos que permitan resolver con éxito el problema de la aceptabilidad racional de las premisas de un razonamiento internamente justificado o formalmente válido. Sin embargo, aunque el esquema

del silogismo, *prima facie*, nos pueda ser de gran utilidad para entender la motivación de las decisiones judiciales, lo cierto es que el razonamiento judicial responde a un esquema mucho más complejo cuyo elemento medular gira en torno al concepto de inferencia. La tipología de inferencias se reduce a los tres tipos básicos de inferencias deductivas, inductivas e hipotéticas que nos enseña la lógica, a partir de los cuales se yergue el elenco variado de argumentos necesarios para justificar la decisión judicial.

Éste es el ámbito natural en el que se desenvuelve de manera problemática la motivación de las resoluciones judiciales, bien entendamos ésta como obligación de raíz directamente constitucional en cuanto a las sentencias, o bien deber meramente legal en cuanto a los autos y con menor intensidad, dado su carácter potestativo, en cuanto a las providencias. En todo caso, a pesar de la menor intensidad de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales que no sean sentencias, debemos tener presente que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, estrechamente unido a la necesidad de motivación judicial, implica necesariamente que las decisiones judiciales que no consistan en una mera actividad de trámite sino en una auténtica actividad de enjuiciamiento, siquiera *prima facie*, o, al menos, en una actividad volitiva por parte del juez o el tribunal, entonces, como decimos, esas decisiones deberán motivarse, porque de lo contrario ciertamente se erosionaría el derecho fundamental a dicha tutela, proclamado en el art. 24.1 CE. En pocas palabras, bien puede afirmarse que no habrá tutela judicial efectiva si el juez o el tribunal concreto no proceden a justificar expresamente su decisión jurisdiccional en su resolución, siempre que ésta no obedezca a una actividad de mero impulso o trámite del procedimiento.

Precisamente, el carácter problemático que aún hoy mantiene el tema de la adecuada fundamentación de las resoluciones judiciales hace que continúe muy viva la necesidad de su estudio, invitando a la investigación de un campo jurídico poco estudiado por la doctrina procesal, que, sin duda, se intuye fecundo en cuanto a las aportaciones que una investigación de este tipo puede realizar tanto a la ciencia del Derecho como a la práctica jurídica, constituyéndose, sobre todo, en material valiosísimo para esta última. Así las cosas, nos introducimos en un estudio que obedece a la necesidad de un análisis completo de la motivación judicial y de los problemas que son inherentes a su aplicación judicial. Estudio cuyos resultados, sin apartarse del marco estrictamente jurídico necesariamente lo desbordan, reportando utilidad no sólo a los jueces y profesionales de la práctica forense sino también al conjunto de la sociedad, en tanto que tiene para ésta de valioso y provecho todo cuanto aquí podamos discernir conveniente al mejor entendimiento legislativo y forense de la garantía de motivación. Asunto que esperamos reporte provecho y utilidad a la forma de administrar la justicia, deparando, por ello consecuencias de interés general para el conjunto de la sociedad ¿Acaso ésta contempla impasible lo que ocurre cada día tras los muros de los palacios de justicia diseminados a lo largo y ancho de toda nuestra geografía? ¿Acaso nada importa la justificación a la que obedezca el aluvión de sentencias, autos y providencias que cada jornada dictan nuestros tribunales decidiendo efectivamente la suerte y tranquilidad de otros tantos

justiciables? ¿Qué clase de justicia tendríamos si cada una de las decisiones que los jueces toman no estuviesen justificadas? Y, más aún, ¿qué clase de justicia podríamos tener si esas decisiones estuvieran correctamente motivadas? Evidentemente, la utilidad de un trabajo de esta clase es indudable y su proyección como instrumento al servicio de la sociedad y el Derecho igualmente visible, porque la razonable fundamentación de las resoluciones judiciales no es una cuestión privativa de los juristas sino asunto de interés general, porque cuanto mayor sea la corrección de los jueces y tribunales en la praxis cotidiana de esta garantía mejor administración de justicia tendremos, tanto desde el punto de vista de la eficacia como de la mayor eficiencia de los distintos procesos.

Así las cosas, la metodología de este trabajo está al servicio concreto del fin de toda la investigación, que pretende un análisis procesal completo de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales, análisis que no se circunscribe al ámbito puramente descriptivo sino que necesariamente lo rebasa. Y, por ello, trataremos de dar cuenta de los aspectos normativos de cuantos elementos necesariamente integren la teoría de la motivación de las decisiones judiciales. Sólo así puede ofrecerse un análisis completo, necesario y suficiente, de la teoría de la motivación judicial, dando cuenta tanto de los aspectos descriptivos como normativos de la misma. Y, para ello, la cuestión de cuál es el método jurídico al que obedece este análisis tiene un valor fundamental en esta investigación, porque sin un asidero firme metodológico fácilmente podría perderse el rumbo a la hora de investigar la complejidad de cuestiones suscitadas a propósito de qué debe entenderse por motivación judicial. En este sentido, no cabe duda que buena parte del éxito o fracaso de un trabajo de esta naturaleza, en el que se pretende exponer una investigación monográfica y original cuyo resultado pueda servir y contribuir a un mejor entendimiento del Derecho, depende en buena medida de la metodología empleada en su elaboración. Muy conscientes de ello, la Teoría del Derecho, como saber eminentemente argumentativo, constituye el eje metodológico vertebrador de esta obra, pero de forma tal que también podemos advertir a lo largo de la investigación directrices abiertas al pluralismo metodológico. Con ello no queremos decir que el trabajo responda a un vago pluralismo o sincretismo respecto a la cuestión de la metodología seguida, sino a un conjunto de líneas metodológicas perfectamente compatibles con la concepción del Derecho como argumentación. De este modo, podrá advertirse fácilmente la huella clara del viejo método histórico de SAVIGNY, porque consideramos fundamental el conocimiento de la evolución histórica de la garantía de motivación judicial. Garantía que responde, en cuanto a su configuración actual, a un largo proceso de configuración legislativa y doctrinal histórica, dividido en tres fases fundamentales: romanización, recepción del *ius commune* y codificación. Cada una de estas fases, en nuestra opinión, ha dejado huellas profundas en el tratamiento actual de la garantía, tanto en sede legislativa como doctrinal y jurisprudencial, haciendo que la misma responda a dos perspectivas diferenciadas en cuanto a su entendimiento, como a lo largo de esta investigación argumentaremos. Perspectivas iusfilosóficas de la motivación de enorme relevancia para el desenvolvimiento de la

garantía en la práctica forense, porque, no en vano, de la aceptación de una de ellas y el rechazo de la otra depende nada menos que la asunción de un modelo concreto que sirva de paradigma del razonamiento de nuestros tribunales. En este sentido, la historia del devenir secular de la motivación judicial tiene para nosotros valor de elemento de interpretación importantísimo para formar correctamente nuestro entendimiento actual de la garantía. De ahí la utilidad del método histórico que aquí desarrollaremos, cuyo protagonismo en esta investigación será convenientemente justificado en tanto que dicho método no obedece tan sólo a la voluntad o al capricho del autor, sino que más bien, no lo olvidemos, es un elemento de interpretación del Derecho vigente muy necesario, a tenor del protagonismo que recibe en nuestro ordenamiento jurídico como uno de los criterios de interpretación jurídica fundamentales, tal y como prescribe el art. 3.1 del CC. Sin embargo, la metodología de este trabajo no se agota en un puro análisis histórico. De ahí que a lo largo de la investigación detectaremos con seguridad la influencia del método dogmático-constructivo, y específicamente del conceptualismo jurídico, imprescindible para comprender bien los perfiles teóricos de la garantía de motivación judicial. Asimismo, también juegan un papel muy relevante en nuestra investigación los criterios metodológicos propios del Derecho comparado, especialmente el examen de la doctrina foránea, que nos permitirán ampliar el campo de análisis de la motivación judicial, sin que esto signifique que el resultado final sea una mera yuxtaposición del entendimiento de la motivación judicial en los diversos sistemas jurídicos comparados —cosa que supondría un ejercicio de frívola erudición destinada al lucimiento teórico, pero estéril en cuanto a conclusiones dignas de aprovechamiento—, sino que más bien recurrimos al método comparado, para poder inferir correctamente mediante el recurso a la analogía, propuestas y soluciones comunes, que permitan solventar los problemas específicos de la motivación judicial en nuestro sistema.

Y todo ello, como aquí defendemos, atendiendo a nuestra perspectiva metodológica básica que concibe el Derecho como fenómeno argumentativo. En los amplios márgenes de esta concepción metodológica hay acomodo para la actividad del jurista dogmático, que no debe constreñirse a un trabajo puramente exegético en torno al Derecho positivo, escudriñando con una mirada miope lo que éste nos quiere decir, sino que más bien entendemos que el jurista dogmático debe esforzarse sobre todo en satisfacer el binomio fundamental constituido por los problemas de interpretación y aplicación del Derecho; es decir, debe dirigir su esfuerzo, si quiere que su trabajo reporte un provecho pleno en la sociedad en la que vive, tanto a la interpretación del Derecho —que no sólo consiste en la exégesis de la ley— como a la resolución de los problemas que aparecen en la aplicación de ese Derecho. La concepción del Derecho como argumentación es una concepción dirigida a satisfacer los dos elementos de este binomio, porque tiene la suficiente elasticidad para integrar en su seno lo mejor de la metodología precedente. Por eso se entiende que no hay contradicción al hablar de investigación abierta al pluralismo metodológico, que confiere justa importancia al análisis histórico evolutivo, al conceptualismo jurídico y a la comparativa de ordenamientos

jurídicos y, a la vez, fijar la discutida cuestión del método en el terreno de la argumentación jurídica. Así, frente al sincretismo metódico imperante en lo jurídico o, lo que es peor, frente a un puro análisis exegético de la legislación, tenemos un método claro: la concepción del Derecho como argumentación, cuyas características propias se resumen en los enfoques analítico, tópico, dialéctico y retórico de la argumentación jurídica.

Conforme al enfoque analítico nuestro esfuerzo se dirige a la exposición de una teoría completa de la motivación judicial que permita conocer desde el punto de vista lógico la construcción del razonamiento que fundamenta las decisiones judiciales. Profundizando en este enfoque analítico, analizaremos las diversas inferencias del razonamiento judicial (deductivas, inductivas e hipotéticas), atendiendo no sólo a su *validez*, o justificación formal, sino también a su *corrección*, o justificación material, desde una perspectiva eminentemente procesal. El conjunto de inferencias analizadas desde esta perspectiva analítica se hará con apoyo y referencia en todo momento a las fuentes jurídicas: legislación, doctrina y jurisprudencia. A la vez que también tendremos muy presente, como arriba apuntábamos, la doctrina y legislación histórica en materia de motivación de las resoluciones judiciales, especialmente el tratamiento de la motivación durante el periodo del *ius commune*.

La tópica se concibe en este trabajo como *ars inveniendi* estrechamente vinculado al *ars iudicandi*, propio de la motivación judicial y, por ello, nos permitirá conocer la justificación del proceso de selección y valoración de los elementos de prueba necesarios para la construcción de la motivación de las resoluciones judiciales, porque una teoría de la motivación de las resoluciones judiciales que quiera ser completa necesariamente ha de tener en cuenta la teoría de la prueba.

Atendiendo a la dialéctica, la motivación judicial deja de concebirse como monólogo del juez, y se entiende como resultado de un proceso argumentativo entre el juez y las partes del proceso. El enfoque dialéctico es tremendamente útil porque nos permitirá reflexionar acerca del cauce discursivo adecuado para una argumentación razonable en torno a qué debe entenderse por motivación jurídica correcta o aceptable, a la vez que esta perspectiva también es especialmente idónea para entender la polémica cuestión de la posibilidad de iniciativa probatoria *ex officio iudicis* en el proceso civil y en el proceso penal. Igualmente, nos permitirá desvelar las argumentaciones insuficientes y falaces en materia de motivación, fundamentalmente de las sentencias, cuestión que en el último capítulo nos llevará al análisis de las patologías de la motivación a través del estudio concreto tanto de la relación existente entre motivación insuficiente y los medios ordinarios de impugnación de las resoluciones, como de la ineficacia de las resoluciones judiciales dictadas con defecto absoluto de motivación. La perspectiva dialéctica de la motivación judicial también nos permitirá ofrecer nuevos elementos de reflexión que contribuyan al replanteamiento de los términos del debate en torno a la restricción de la casación al control de la legalidad de la *quaestio iuris* de la resolución impugnada. Y, finalmente, nos permitirá profundizar más en el entendimiento de los presupuestos que justifican el proceso de revisión.

Por último, el modelo de motivación de las resoluciones judiciales que aquí proponemos también responde a una perspectiva retórica, entendida en su genuino sentido argumentativo, y no como simple ornamentación literaria, buscando que el razonamiento planteado sea válido y convincente. La perspectiva retórica de la argumentación jurídica incide en la construcción de los argumentos que cimientan la motivación de las resoluciones judiciales, porque en ella el juez integra necesariamente las argumentaciones de las partes durante el proceso. Esta perspectiva de análisis de la motivación nos permitirá profundizar en la corrección de la motivación que deba presidir la narrativa judicial de los hechos probados.

Todas estas perspectivas del método argumentativo coadyuvan al fin de este trabajo: ofrecer una teoría general de la motivación de las resoluciones judiciales. Tema complejo, tradicionalmente estudiado por especialistas en argumentación jurídica, formados en las cátedras de Filosofía del Derecho, pero escasamente abordado desde una perspectiva más anclada en el Derecho procesal, que sin duda es la disciplina natural para su tratamiento, con independencia del necesario auxilio que pueda recibir desde otras disciplinas jurídicas. De ahí la originalidad y oportunidad de nuestra investigación, que no quiere ser un análisis puramente descriptivo, sino ofrecer un enfoque novedoso y completo de la motivación, asumiendo el riesgo que este objetivo conlleva.

I. GÉNESIS, DESARROLLO Y CONSOLIDACIÓN DEL DEBER DE FUNDAMENTACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La motivación judicial en Occidente obedece a un largo proceso de sedimentación histórica de un conglomerado constituido por elementos diversos de carácter doctrinal, legislativo y jurisprudencial. Este hecho resulta verdaderamente crucial y condiciona sobremanera el análisis posterior de los problemas de interpretación y aplicación del Derecho vigente en torno a la garantía de motivación de las resoluciones judiciales. Así las cosas, no queremos sustraer de nuestro análisis esta perspectiva histórica de conocimiento del Derecho procesal porque, como bien señala el profesor TARUFFO, siempre que admitamos sin reservas que se entiende poco de las normas si no se sabe de dónde provienen, resulta lógico admitir también que conocer el Derecho procesal significa, *prima facie*, conocer la historia del Derecho¹.

Cierto es que las anteriores consideraciones son materia propia de la historiografía jurídica. Somos conscientes de nuestras limitaciones en este campo. Sin embargo, en nuestra opinión, desde una perspectiva estrictamente procesal del tema de la motivación que aspire, como en nuestro caso, a un análisis completo, no se puede desconocer la evolución de la garantía de motivación judicial en el tiempo, que responde a un largo proceso de formación histórica, tanto en sede legislativa como doctrinal y jurisprudencial, dividido en tres fases fundamentales: romanización, recepción del *ius commune* y codificación.

¹ FERRER BELTRÁN, J., «Entrevista a Michele Taruffo», en TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, ed. esp, Madrid, 2005, p. 518.

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En torno a la obligación legal de motivar las resoluciones judiciales, fundamentalmente las sentencias, se ha desarrollado una cuestión en cuanto a los orígenes o momento fundacional de este deber normativo. Dicha cuestión, lejos de ser ociosa o de constituir un ejercicio intelectual académico de dudoso aprovechamiento, encubre otro asunto de mayor calado; esto es, la adscripción de este deber normativo a una determinada concepción del Derecho u otra, con la carga de fondo que esto conlleva, condicionando la garantía de la motivación a una corriente de pensamiento. Centremos la atención en este punto, que es de capital importancia porque la cuestión de los orígenes de la motivación judicial permite averiguar la concepción o concepciones que perfilan dicha garantía a lo largo del tiempo, y dependiendo de la postura que se adopte en torno a los orígenes todo el desarrollo que posteriormente se haga sobre el tema gravitará necesariamente sobre el pensamiento o concepciones esenciales que determinen esta garantía procesal.

Existen pocos trabajos en cuanto al seguimiento histórico de la obligación de motivar resoluciones judiciales². Sin embargo, entre los escasos estu-

² Vid., al respecto, VINNIO, A., *Comentario académico y forense a los cuatro libros de las Instituciones Imperiales de Justiniano*, t. II, Barcelona, 1847, pp. 546-548; GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1857; ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., «Fundamentación de las sentencias», *RGLJ*, 1866, t. 29, pp. 113-126; ARRIETA, L., «Observaciones acerca de la exposición de motivos en las sentencias judiciales y sobre otras cuestiones con ella relacionadas», *RGLJ*, 1867, t. 30, pp. 97-115; BONFANTE, P., *Storia del Diritto Romano, volume primo*, Milano, 1923, p. 449, donde hace una sucinta reflexión de los requisitos de la sentencia en el procedimiento formulario romano; LÓPEZ ORTIZ, J., «El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista antes de la recepción romano-canónica», *AHDE*, núm. 14, 1942-1943, pp. 184-226; VÁZNY, V., «Osservazioni generali sulla sentenza e la res iudicata», *BIDR «Vittorio Scialoja»*, vol. XLVII, 1940, pp. 108-139; MENÉNDEZ PIDAL Y MONTES, J., «Sobre la motivación de las resoluciones judiciales», *RDPriv*, 1953, pp.; SCIALOJA, V., *Procedimiento civil romano*, trad. esp, Buenos Aires, 1954, CUENCA, H., *Proceso civil romano*, Buenos Aires, 1957, pp. 89-96; RAGGI, L., *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, I, Milano, 1961, pp. 87 y ss.; BIONDI, B., *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, en *Scritti giuridici II (Diritto romano, Fonti-Diritto Pubblico-Penale-Processuale civile)*, Milano, 1965, pp. 435 y ss.; SALVIOLI, G., en *Storia Diritto italiano*, dir. DEL GIUDICE, vol. III, parte seconda (storia della procedura civile e criminale), 1969, pp. 514-516; LALINDE ABADÍA, J., *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, 1970, pp. 756 y ss.; *Ibidem: Derecho histórico español*, Barcelona, 1974, pp. 552 y ss.; TARUFFO, M., «L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo», *Rivista di Diritto Processuale*, 1974, núm. 29, pp. 265-295; BUONAMICI, F., *La storia della procedura civile romana*, Roma, 1971, pp. 344 y ss. (acerca de la sentencia en los procedimientos de las *legis actiones* y de la fórmula); MARILUZ URQUIJO, J., «La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares», *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, 1976, pp. 141-159; ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», *R.D.P.Ib*, 1977, núm. 4, pp. 899-932; LEVAGGI, A., «La fundamentación de las sentencias en el Derecho indiano», *Revista de Historia del Derecho*, núm. 6, Buenos Aires, 1978, pp. 45-73; GODDING, P., «Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18c siècle», en PERELMAN y FORIERS: *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, 1978, pp. 37-67; SCAPINI, N., «Il problema della motivazione della sentenza nel Diritto processuale romano», en *Studi Parmensi*, vol. XXXIII, 1983, pp. 233-257; LLOBELL TUSET, J., *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Zaragoza, 1985; ÁLVAREZ DE MORALES, A., «Historia del juicio motivado», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet Goytisolo*, vol. III, Madrid, 1988, pp. 79-91; BENITO FRAILE, E., «Notas para el estudio de la sentencia en el proceso civil ordinario desde la recepción del derecho común hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881», en *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, núm. 1, 1988, pp. 135-159; PEDRAZ PENALVA, E., «Ensayo

dios sobre el tema se aprecia una tesis dominante que advierte el surgimiento normativo de la fundamentación de resoluciones judiciales en la época de la codificación procesal durante el siglo XIX³. Es decir, de manera más o menos consciente buena parte de la doctrina que se ha ocupado de este tema adscribe la motivación judicial al positivismo jurídico y, concretamente, al positivismo normativista. De suerte que la necesidad de fundar o no las resoluciones judiciales queda supeditada a su consagración legislativa, con independencia de la razonabilidad intrínseca que tenga o no la propia necesidad de fundamentación. Será la voluntad del legislador la encargada de marcar los límites precisos para el desenvolvimiento de la motivación judicial.

Reflexiónese serenamente sobre este punto, porque desde la perspectiva metodológica de la argumentación jurídica advertimos una concepción de la motivación judicial no sólo restrictiva a las posibilidades de elaboración judicial del Derecho, concepción que veladamente entraña una idea de sometimiento del poder judicial al legislativo cuestionable cuanto menos a la luz del constitucionalismo⁴, sino también una visión reaccionaria y diametralmente opuesta a las teorías sobre la argumentación jurídica que constituyen los cimientos metodológicos de este trabajo⁵, que, en caso de triunfo, ahogaría la motivación de resoluciones judiciales en la marea asfixiante del positivismo normativista. Por ello, la cuestión de los orígenes ha de entenderse como la médula espinal que vertebrata toda la tesis, constituyendo un tema esencial para el avance en la comprensión de la fundamentación judicial.

histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración», *RGD*, julio-agosto 1993, pp. 7223-7269; FERNANDO PABLO, M., «La motivación del acto administrativo», Madrid, 1993, pp. 43-65; MURILLO VILLAR, A., «La motivación de la sentencia en el proceso civil romano», *Cuad. Hist. Der.*, núm. 2, 1995, pp. 11-46; GARRIGA, C., y LORENTE, M., «El juez y la Ley, la motivación de sentencias (Castilla, 1849-España, 1855)», *AFDUAM*, núm. 1, 1997, pp. 97-142; MARRONE, M., «Su struttura delle sentenze, motivazione e «precedenti» nel processo privato romano», *BIDR «Vittorio Scialoja»*, vol. XXXIX, 1997, pp. 37-48.

³ Se trata de la postura defendida, entre otros, por ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», *R.D.P.Ib.*, 1977, núm. 4, pp. 899-932.

⁴ En el fondo, se trata de la pugna entre dos corrientes de la metodología del Derecho. De un lado, el positivismo jurídico de corte formalista y normativo, que circunscribe la realidad jurídica al ámbito puramente legislativo, entendiéndose que la labor de aplicación judicial del Derecho consiste en un quehacer rígidamente condicionado por la lógica formal, reduciendo la aplicación judicial del Derecho al estrecho ámbito de las inferencias normativas. De otro, una concepción más flexible y consciente de las limitaciones de la aplicación del Derecho conforme a los esquemas de la lógica formal, que se ve respaldada por el constitucionalismo moderno, entendiéndose que los jueces cuando aplican el Derecho no sólo realizan inferencias normativas, sino también valoraciones que escapan a las rígidas inferencias normativas en que se fundamenta la concepción clásica del silogismo judicial. Desde este punto de vista, la principal preocupación consiste en justificar el razonamiento judicial que fundamenta la decisión, pero de tal forma que esta justificación no sólo sea formal sino también material. En definitiva, que las decisiones judiciales garanticen una motivación racional y razonable aplicando el Derecho de acuerdo a los principios reconocidos en los textos constitucionales.

⁵ Hablamos de teorías de la argumentación jurídica, porque la llamada teoría estándar, representada por las obras de ALEXY y MACCORMICK, es sobre todo una teoría que se ocupa de cuestiones normativas, olvidando la argumentación de hechos, por eso aún es una teoría insuficiente para colmar todo el ámbito de la argumentación. En este sentido, la referencia a las teorías de la argumentación jurídica incluye las concepciones de VIEHWEG, PERELMAN y TOULMIN, que serían el precedente inmediato de la llamada teoría estándar. Para un acercamiento general a esta materia puede consultarse la obra de ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, 1991.

3. LA PRAXIS DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL A LA LUZ DEL DERECHO PROCESAL ROMANO

Entre los muchos *topoi* o lugares comunes tradicionalmente admitidos por los juristas se encuentra la tesis que proclama el carácter esencialmente romano de buena parte de nuestro Derecho actual, demostrándose dicha afirmación a poco que se estudien los orígenes de muchas instituciones jurídicas. En este sentido, el Derecho procesal no constituye una excepción al resto del ordenamiento. Más bien parece todo lo contrario. No obstante, matizando esta afirmación, verdaderamente observamos como la herencia procesal romana impregna con mayor intensidad la estructura del procedimiento civil actual frente al procedimiento penal⁶. Sin embargo, esto no empece para que consideremos romanos los cimientos sobre los cuales se erige la arquitectura básica del proceso moderno, tanto en sede civil como penal⁷.

En cuanto al proceso civil actual, la cuestión acerca de su romanidad ha sido objeto de controversia entre ilustres romanistas, existiendo básicamente tres líneas respecto a los orígenes sobre los que se yergue el proceso moderno. Una tesis muy extendida fuera del romanismo considera que el proceso en sus líneas actuales es fruto maduro de la tradición medieval del *ius commune*⁸. Por otro lado, un sector minoritario dentro de los historiadores del Derecho y de los procesalistas proclamaba el carácter eminentemente germánico que impregna al proceso civil moderno⁹. Frente a estas dos direcciones, existen diversos trabajos de ilustres profesores como BIONDI o CHIOVENDA, que desarrollan argumentos claves que inducen a la pacífica admisión de la tesis que defiende la romanidad consustancial de todo el edificio

⁶ Esta idea fue acogida por BIONDI, B., «Intorno alla romanità del processo civile moderno», *BIDR, nuova serie*, vol. I, 1934, p. 358, cuando afirmaba que «*sta in fatto che tutta la letteratura processualistica, dalla Glossa fino alla soglia delle moderne codificazioni, si fonda e ricorda sempre testi del Corpus Iuris; certo vengono generalizzati, intesi mali, talvolta anche travisati; ma si procede sempre dai testi romani. Abbiamo tutto un processo di specificazione; però la materia prima è sempre romana*».

⁷ CUENCA, H., *op. cit.*, p. XXXIV, afirma el fuerte vínculo entre el Derecho romano y el procesalismo moderno, citando unas palabras pronunciadas durante una conferencia celebrada en Bucarest por el gran maestro CHIOVENDA, G., «La historia del proceso entre los pueblos civilizados modernos se resume en un lento retorno a la idea romana» (la conferencia se encuentra recogida en *Riv. di dir. pro.*, Parte I, 1932, IX, pp. 316 y ss.).

⁸ Así lo consideraba, en un principio, el propio CHIOVENDA, G., «Romanesimo e germanesimo nel processo civile», en *Saggi di Diritto Processuale Civile*, 1904, aunque después subrayó la romanidad del proceso. ROSENBERG, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I, Buenos Aires, 1953, pp. 18-20, se inclina también por la tesis que señala los orígenes medievales del proceso civil actual. Concretamente, califica este proceso como italo-canónico, señalando que estaba fuertemente impregnado de elementos romano-germánicos en combinación con otros de raíz canónica, y que tuvo un importante desarrollo en el reino longobardo, constituyéndose, posteriormente, como *ius commune* europeo.

⁹ Así, en esta línea podemos citar a Rocco, U., *Trattato di Diritto Processuale Civile*, I, parte generale, Torino, 1966, p. 224, que observa un fuerte y determinante componente germánico en el proceso común adherido a la base romana originaria formando un todo indivisible, pero determinado precisamente por ese componente germánico que se ve, por ejemplo, en el establecimiento de la prueba legal.

del proceso civil actual¹⁰. Ahora bien, nuestro proceso civil no es heredero de un proceso romano atemporal y metahistórico, sino que hunde sus raíces en un concreto proceso romano cuyo entendimiento pleno pasa necesariamente por el filtro interpretativo que del mismo hacen los juristas del *ius commune*. En este sentido, BIONDI no duda en afirmar la íntima conexión entre la obra de los antiguos intérpretes medievales y el *Corpus Iuris* justiniano¹¹. El proceso común sería, pues, el resultado de la armónica conjunción de ambos elementos sin los cuales no puede entenderse nuestro proceso.

A la luz de estos planteamientos en cuanto a la proyección del proceso romano sobre el proceso actual, estamos en condiciones para abordar el tema de la fundamentación judicial en el proceso romano. Ahora bien, cuando hablamos de proceso romano la mera referencia al mismo puede llevarnos a un equívoco acerca de la existencia de un proceso romano ideal caracterizado por la atemporalidad en cuanto a su propia formulación. Nada más lejos de la realidad. Desde una óptica procedimental tengamos en cuenta la existencia de dos tipos de procedimientos judiciales claramente diferenciados en la antigua Roma: el procedimiento civil y el procedimiento criminal. Incluso, se hace necesario precisar que no puede hablarse de un solo tipo de procedimiento civil y penal romano, sino de diversos procedimientos que en distintos momentos de la dilatada historia romana llegan a desarrollarse de forma paralela dentro de los propios órdenes jurisdiccionales. Así, en el orden jurisdiccional civil se desenvuelven tres procedimientos que tanto por su génesis como por su naturaleza tienen entidad propia: el procedimiento de las *legis actiones*, el proceso formulario y la cognición extraordinaria¹².

¹⁰ Vid. BIONDI, B., «Intorno alla romanità del processo civile moderno», *BIDR*, 1934, pp. 356 y ss., llega a esta conclusión tras un estudio intenso sobre los orígenes del proceso moderno. Así, afirma que tanto en los principios fundamentales, entre los cuales cita la formulación de un proceso público, los conceptos de acción y excepción, las ideas de jurisdicción, competencia y formas procesales, el entendimiento de la prueba y los conceptos de sentencia y cosa juzgada, como en instituciones más particulares y de origen dudoso, por ejemplo, la idea de *litis contestatio*, la construcción del proceso sumario, la querrela de nulidad o la figura del interventor principal, late intensamente la configuración procesal romana, que determina las características esenciales del proceso moderno. De este modo, concluye que: «L'indagine conduce sempre verso lo stesso risultato: il processo comune e moderno nella sua impostazione e nei suoi istituti fondamentali è una derivazione diretta dal processo romano, semprechè con ciò intendiamo riferirci non al processo formulare ma a quel processo extra ordinem che si conclude ed assesta legislativamente nel Corpus Iuris», p. 413; y CHIOVENDA, G., «L'idea romana nel processo civile moderno», *Riv. dir. pro.*, Parte I, 1932, p. 318, en donde considera que: «L'idea stessa del processo è romana. Quando noi poniamo come scopo del processo l'attuazione della volontà della legge nel caso concreto, vale a dire in relazione a un determinato bene della vita che della legge si pretende garantito; quando vediamo nella giurisdizione il potere dello Stato che provvede a questa attuazione mediante l'attività dei magistrati; noi esprimiamo le idee dei giureconsulti romani».

¹¹ BIONDI, B., *op. cit.*, p. 429, una vez afirmada la romanidad esencial del proceso civil moderno, integra en esta tesis fundamental la obra de los intérpretes medievales, encargados de reutilizar la ingente masa de materiales legislativos justinianos, de ahí que, finalmente, sentencie: «Giustiniano e gli interpreti: ecco i due potenti creatori del processo moderno. Senza l'opera geniale degli interpreti la caotica codificazione di Giustiniano, intessuta di arcaico e di nuovo, sarebbe stata una delle tante leggi del mondo antico destinate a formare oggetto di erudizione, mentre d'altra parte gli interpreti, per quanto geniali, non avrebbero potuto creare un edificio così saldo se non avessero avuto come base la esperienza secolare rachiusa nella compilazione».

¹² Vid., al respecto, COSTA, E., *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918; SCIALOJA, V., *Procedimiento civil romano*, trad. esp., Buenos Aires, 1954; BETTI, E., *Processo civile (Diritto romano)*, *Nov. Dig. It.*, XIII, 1957, pp. 1099-1120 y CUENCA, H., *Proceso civil romano*, Buenos Aires, 1957.