

LA RAZÓN QUE SERVIRÍA A CUALQUIER OTRA: PARTICULARIZACIÓN, PROCEDENCIA Y EL ART. 489, §1º, III, DEL CPC/2015

Pablo Dietrich · Maurília Gabriela da Silva Dietrich

Pablo Dietrich: Estudiante de maestría en Derecho, Universidade Estácio de Sá (UNESA) · ORCID 0009-0003-5447-0550

Maurília Gabriela da Silva Dietrich: Licenciada en Derecho; estudiante de posgrado en Ciencias de la Religión y en Filosofía aplicada a la Religión y a la Educación; estudiante de Teología y de Licenciatura en Historia · ORCID 0009-0003-2756-6848

Traducción de los autores. Traducción al español, realizada por los autores, de: DIETRICH, Pablo; DIETRICH, Maurília Gabriela da Silva. A razão que serviria a qualquer outra: particularização, proveniência e o art. 489, §1º, III, do CPC/2015. *Revista de Geopolítica*, São José dos Pinhais, v. 17, n. 9, e3494, p. 1–19, 2026. ISSN 2177-3246. DOI: [10.56238/revgeov17n9-131](https://doi.org/10.56238/revgeov17n9-131). El texto en portugués publicado por la revista es la versión de referencia; esta traducción se distribuye bajo la licencia CC BY 4.0, con atribución a la publicación original.

RESUMEN

Al decidir, los tribunales afirman públicamente haber sido corregidos por el derecho, y no por sí mismos. Este artículo no pregunta si esa afirmación es sincera, ni si existe una respuesta correcta que haya de encontrarse en el material jurídico, ni si la decisión es justa. Pregunta qué tendría que producir un procedimiento público para avalarla. Se sostiene que el art. 489, §1º, III, del Código de Proceso Civil brasileño de 2015 —que niega el estatuto de decisión fundamentada a la que invoca motivos aptos para justificar cualquier otra decisión— es, en su estructura lógica, una exigencia de discriminación evidencial autoimpuesta por la comunidad que se somete a ella, y que la literatura brasileña lo lee exclusivamente en el registro de la invalidez procesal. Reconstruido como test y aplicado con rigor, el precepto se revela capaz de establecer particularización, pero no procedencia: una decisión puede satisfacerlo íntegramente y permanecer indiferente entre la hipótesis de que el texto constriñó y la hipótesis de que constriñó la práctica interpretativa que lo reconoce, porque las razones que particularizan provienen del mismo repertorio cuya procedencia está en disputa y porque la vía de verificación institucionalmente disponible es la comparación con estados anteriores de la propia comunidad. El test se aplica simétricamente a las dos descripciones, y tampoco favorece a la segunda, de modo que el resultado versa sobre el procedimiento y no sobre la verdad de las descripciones. De ahí se sigue el hallazgo de mayor alcance: en el dominio en que el objeto está disponible, es público y está fijado, y en que la propia práctica ha legislado su criterio de discriminación, la alegación de procedencia sigue sin vindicación; lo que falta no es acceso, sino una vía de acceso que no pase por la descripción cuya corrección está en cuestión. Ningún veredicto sobre la legitimidad de la jurisdicción se sigue de ello, y ninguno se ofrece; lo que se sigue es una pregunta, deliberadamente dejada abierta.

Palabras clave: fundamentación de las decisiones judiciales; art. 489 del CPC; procedencia; discriminación evidencial; teoría de la decisión judicial.

1. INTRODUCCIÓN

Se dicta una sentencia. Alguien pierde la custodia de su hijo, pierde el inmueble, pierde la libertad. Y el documento que produce ese efecto afirma, en su propio cuerpo, que no fue quien lo firmó quien así lo decidió: fue la ley, fue la Constitución, fue el precedente que ya estaba allí.

La afirmación no es retórica de ocasión ni cortesía de estilo. Es constitutiva de la práctica. Una comunidad jurídica que la abandonara —que dijera abiertamente que decide como mejor le parece, sin pretender responder a cosa alguna— dejaría de ser reconocida por sus propios practicantes como una comunidad que aplica derecho. La afirmación hace un trabajo, y un trabajo pesado: es la razón por la cual se espera que la pérdida sea soportada sin que quien la sufre la atribuya al arbitrio de un individuo.

Llámesese a esa afirmación alegación de procedencia: la alegación, formulada públicamente por quien ocupa un cargo, de que aquello que determinó el contenido de la decisión fue algo exterior a quien decidió.

Este artículo plantea una pregunta estrecha sobre esa alegación. La estrechez es deliberada y debe delimitarse con cuidado, porque tres preguntas vecinas, todas legítimas y todas mayores, se confundirán constantemente con ella.

No se pregunta si los jueces son sinceros. La investigación fue diseñada para funcionar en la hipótesis más favorable posible, aquella en que todos los implicados creen exactamente lo que declaran y en que nadie disimula nada. Si el argumento dependiera, en cualquier punto, de que alguien sepa, quiera o disfrace, habría fracasado.

No se pregunta si existe una respuesta correcta que haya de encontrarse en el material jurídico. Esa es la pregunta de la teoría de la interpretación, y aquí no se arbitra entre originalismo, integridad e indeterminación. Ninguna de las tres se defiende ni se refuta. La investigación recae sobre lo que cualquiera de ellas necesitaría mostrar.¹

No se pregunta si la decisión es justa. Se examina una pretensión de responsividad, y no el contenido de lo justo.

Se pregunta: ¿qué tendría que producir un procedimiento público para que la alegación de procedencia fuera públicamente sostenible?

La respuesta que se desarrolla a continuación parte de una constatación que, hasta donde se ha podido averiguar, aún no ha sido formulada en la literatura brasileña: la comunidad jurídica nacional ha legislado el criterio. El art. 489, §1º, III, del Código de Proceso Civil de 2015 establece que no se considera fundamentada la decisión que invoque motivos que servirían para justificar cualquier otra decisión. Esa es, en su estructura lógica, la exigencia de que la razón alegada discrimine entre resultados rivales. Es un test de subdeterminación, escrito en la ley, dirigido a los órganos judiciales y sancionado con invalidez.

La tesis aquí sostenida es que el precepto, reconstruido como test y aplicado con rigor, establece particularización y no procedencia, y que esa distinción, lejos de ser un tecnicismo procesal, es el punto exacto en que la autocomprensión de la práctica jurídica se separa de aquello que esta consigue exhibir públicamente a su favor.

Conviene decir desde ya lo que el artículo no pretende. No sostiene que el texto legal no constriña. No sostiene que decidir sea arbitrario. No sostiene que la exigencia del art. 489 sea inútil; al contrario, es eficaz en lo que efectivamente hace, y su observancia mejora las decisiones. No propone una reforma legislativa ni una solución institucional. Lo que se reivindica es haber hecho visible una estructura, lo cual es menos que resolver un problema y es la condición para intentarlo.

El recorrido es el siguiente. El § 2 construye la pregunta y enuncia las reglas que la gobiernan. El § 3 examina tres respuestas brasileñas establecidas y muestra por qué ninguna responde a la pregunta formulada. El § 4 reconstruye el precepto como test. El § 5 ejecuta el test. El § 6 afronta la objeción más fuerte, que procede de la formación profesional y que dispone hoy de apoyo empírico. El § 7 extrae el resultado comparativo. El § 8 formula, sin responderla, la pregunta que queda.

2. LA ALEGACIÓN DE PROCEDENCIA

2.1. Por qué está sujeta a vindicación pública

Podría objetarse de entrada que la alegación de procedencia no necesita vindicación alguna: o el intérprete está constreñido por el texto, o no lo está, y la cuestión es de hecho, no de exhibición.

La objeción falla por dos razones, y ambas son internas a la práctica.

La primera es institucional. La alegación de procedencia no es un relato privado sobre el estado mental de quien decide. Está dirigida a alguien, y a alguien que soporta el costo. El justiciable que pierde no recibe solo la parte dispositiva; recibe también la afirmación de que la pérdida no es obra de quien se la impuso. Una afirmación que se pretende obligatoria para terceros, y que se dirige precisamente a quien paga por ella, está sujeta a una carga de vindicación pública por el mismo motivo por el que lo está cualquier alegación de esa naturaleza. No es una exigencia externa importada por un observador filosófico: es la consecuencia del diseño de la propia práctica, que fundamenta por escrito, publica, admite impugnación y organiza el control por vía de recurso.

La segunda es más fuerte. La comunidad jurídica se declara corregible por aquello a lo que responde. Reconoce que puede haberse equivocado, que las decisiones anteriores pueden ser superadas, que el texto puede desmentir la lectura corriente, que la doctrina mayoritaria puede estar equivocada. Ahora bien, una práctica que se declara corregible por X asume con ello la carga de mostrar que X puede marcar una diferencia: que existe algo que X podría producir y que la

práctica, dejada a sí misma, no produciría. Sin esa diferencia, la declaración de corregibilidad carece de contenido verificable, y la práctica sería corregible solo por sí misma, lo cual es otra cosa y debería decirse con otras palabras.

2.2. Las dos descripciones

Dos descripciones se disputan el mismo fenómeno, y es entre ellas que se pregunta si algún procedimiento discrimina.

Descripción A, del texto. Lo que constriñe a los intérpretes es el objeto: el texto fijado, público, anterior a la comunidad presente y no reescribible a su antojo.

Descripción B, de la práctica. Lo que constriñe a los intérpretes es la práctica que reconoce el objeto: la formación profesional, el repertorio doctrinal sedimentado, el precedente acumulado, los hábitos de lectura que una comunidad transmite a sus nuevos miembros.

Dos precisiones son indispensables, y la omisión de cualquiera de ellas produciría una caricatura.

B no es escepticismo. B afirma que el constreñimiento es real, fuerte y con frecuencia irresistible. Un juez bajo B no puede decidir como quiera, y lo sabe, y lo siente. La divergencia con A no versa sobre la existencia del constreñimiento; versa sobre su fuente.²

B no depende de mala fe. Bajo B, nadie disimula, nadie sustituye conscientemente la cosa por la obra propia, nadie decide según su conciencia y después maquilla el resultado. Una comunidad entera puede estar constreñida por su propia formación sin que ninguno de sus miembros haya hecho nada censurable. Esta exigencia no es una delicadeza: es una condición de fuerza del argumento, porque una descripción rival que necesite imputar un vicio sitúa la controversia en un terreno en el que la defensa está siempre disponible.

2.3. Las reglas del test

Cinco reglas gobiernan lo que sigue. Se declaran aquí para que la validez del resultado pueda ser evaluada por quien discrepe de él.³

Primera: exigencia de desigualdad evidencial, no de prueba. No se exige que la práctica demuestre que fue el texto lo que constriñó. Se exige mucho menos: que exista algo que la práctica produzca y que sea más probable bajo A que bajo B. La prueba es un estándar inalcanzable e injusto; la discriminación es el estándar mínimo por debajo del cual ninguna alegación empírica es sostenible.

Segunda: prohibición del argumento del residuo. No se admite la inferencia según la cual, habiéndose explicado parte del constreñimiento por la práctica, lo que sobra deba atribuirse al texto. Un residuo inexplicado es un residuo inexplicado, y bautizarlo no lo explica.

Tercera: la alegación de exterioridad es un dato por explicar, no una explicación. Que los practicantes experimenten el constreñimiento como venido de fuera es un hecho robusto, y debe

tomarse enteramente en serio. Pero es aquello que se pretende explicar, y no aquello que explica.

Cuarta: ninguna descripción rival puede depender de mala fe.

Quinta: aplicación simétrica. El test se aplica con igual rigor a las dos descripciones. Si A no discrimina, es preciso preguntar si B discrimina, y el § 5.3 mostrará que tampoco.

3. TRES RESPUESTAS BRASILEÑAS

El problema aquí formulado tiene, en Brasil, tres interlocutores mayores. Ninguno responde a la pregunta de esta investigación, y mostrar por qué delimita el espacio en el que se mueve el argumento.

3.1. La respuesta por el vicio del agente

La crítica hermenéutica asociada a Lenio Streck sostiene que existe una respuesta constitucionalmente adecuada y que la patología decisoria brasileña se explica por la persistencia de la filosofía de la conciencia: el juzgador decide según su conciencia y presenta el resultado como si fuera el derecho. Solipsismo, protagonismo judicial, panprincipiologismo: la serie es conocida, el diagnóstico es potente y su influencia en la formación de juristas en el país difícilmente puede exagerarse.⁴

Desde el punto de vista aquí adoptado, esa respuesta es inutilizable como tribunal, por violar la cuarta regla. Es una descripción rival que depende de un vicio del agente: exige que alguien haya sustituido la cosa por la obra propia, y que esa sustitución sea imputable a quien la hizo.

Pero es utilísima como dato, y es con ese estatuto como comparece aquí. La crítica hermenéutica es, ella misma, una alegación pública —formulada con consecuencias académicas e institucionales reales— de que la otra parte sustituyó la cosa por la obra propia. Las alegaciones de esa forma son exactamente el material que esta investigación examina. Se registra, sin juicio alguno sobre su acierto: existe en el campo jurídico brasileño una disputa pública sobre procedencia, se conduce en vocabulario moral, y el hecho de que se conduzca así es en sí mismo informativo. Donde no hay procedimiento que discrimine, la disputa migra hacia la imputación.

3.2. La respuesta por la racionalidad y por el control del poder

José Rodrigo Rodríguez, en *Como decidem as cortes?*, examina la forma de la decisión judicial brasileña y sostiene que los tribunales deciden por argumento de autoridad y no por justificación, propone el concepto de zonas de autarquía como criterio de crítica y reclama una metodología de análisis empírico que los juristas, según él, utilizan poco o mal.⁵

La proximidad con el presente trabajo es real y debe declararse en lugar de disimularse. Dos diferencias, sin embargo, separan los proyectos.

La primera es de criterio. El criterio de Rodriguez es la racionalidad de la justificación y el control del poder. El criterio aquí es la discriminación evidencial entre descripciones rivales. Son criterios distintos, y la distinción tiene consecuencias prácticas: una decisión puede ser plenamente racional, cuidadosamente justificada e íntegramente controlable, y aun así no discriminar entre A y B.

La segunda es de finalidad. Allí, crítica transformadora; aquí, rechazo deliberado del veredicto. Este artículo no concluye que la jurisdicción brasileña sea irracional, ilegítima o autárquica. Concluye algo más modesto y más estrecho: que un procedimiento específico, instituido por la propia práctica para vindicar una alegación específica, no vindica aquello que se supone que vindica.

3.3. La respuesta por lo simbólico

Marcelo Neves, al desarrollar la tesis de la constitucionalización simbólica, describe la discrepancia entre la función hipertróficamente simbólica de los textos normativos y su insuficiente concreción jurídica.⁶ Aplicada al art. 489, §1º, esa lectura ofrece una explicación inmediata y economiquísima: se trata de legislación simbólica, promulgada para producir un efecto de confianza y no para operar.

La objeción que aquí se plantea no recae sobre el mérito de la tesis, sino sobre su rendimiento discriminatorio. Decir que el precepto es simbólico es compatible con A y con B en igual medida. Es compatible con la hipótesis de que el texto no logró constreñir la práctica, e igualmente compatible con la hipótesis de que la práctica absorbió el texto sin alterarse a sí misma. La calificación nombra el fracaso sin separar las descripciones posibles de él.

Es, por tanto, una instancia del argumento del residuo en registro sociológico: identifica un excedente no explicado y lo bautiza. Como todo argumento del residuo, no es falso; es indiscriminante, y lo que aquí se busca es precisamente discriminación.

3.4. El registro descriptivo

Hay, por último, un interlocutor que no es adversario y cuya compañía conviene declarar. Fábio Shecaira y Noel Struchiner desarrollan una teoría de la argumentación jurídica de vocación descriptiva, ocupada en explicar cómo argumentan efectivamente los juristas y cómo llegan efectivamente los jueces a sus decisiones, y no cómo deberían hacerlo.⁷

Es en ese registro donde se sitúa la presente investigación: describir la estructura de una pretensión pública y medir lo que los procedimientos existentes consiguen exhibir a su favor. La diferencia es de objeto, no de método: no se describe aquí cómo se argumenta, sino lo que la argumentación, tal como se exige institucionalmente, consigue establecer.

4. EL PRECEPTO COMO TEST

4.1. El texto y sus vecinos

El art. 489, §1º, del Código de Proceso Civil de 2015 enumera supuestos en que una decisión, pese a contener razones, no cuenta como fundamentada. Interesa aquí el inciso III, que alcanza a la decisión que invoque motivos que servirían para justificar cualquier otra decisión.

El precepto tiene vecinos que ayudan a fijarlo. El inciso I alcanza a la decisión que se limita a indicar, reproducir o parafrasear un acto normativo sin explicar su relación con la causa. El inciso II alcanza al empleo de conceptos jurídicos indeterminados sin explicación del motivo concreto de su incidencia. El inciso IV alcanza a la decisión que no afronta los argumentos capaces, en tesis, de desvirtuar la conclusión adoptada. El inciso V alcanza a la invocación de un precedente o de una sùmula sin identificación de sus fundamentos determinantes y sin demostración de que el caso se ajusta a ellos.⁸

Todos comparten una estructura, y es esa estructura la que interesa. Cada uno identifica una forma de producir razones que no trabajan: razones presentes en el documento, verdaderas, jurídicamente correctas, y aun así incapaces de sostener aquello que preceden.

4.2. La reconstrucción lógica

El inciso III puede reescribirse así:

Una razón R justifica la decisión D solo si R no justificaría igualmente la decisión no-D.

Esa es la forma canónica de una exigencia de discriminación. No se pide que R pruebe D. Se pide que R separe D de su alternativa: que exista alguna diferencia entre el mundo en que D es el resultado y el mundo en que lo es no-D, y que R sea sensible a esa diferencia.

Se trata, en vocabulario epistemológico, de un test de subdeterminación. Una razón que se acomoda igualmente bien a dos resultados incompatibles no proporciona apoyo diferencial a ninguno de ellos, aunque sea verdadera, pertinente, bien formulada y sinceramente sostenida.

Tres observaciones sobre esta reconstrucción, y la tercera es la que convierte el caso brasileño en metodológicamente privilegiado.

Primera: el estándar es mínimo, y deliberadamente. El precepto no exige demostración, ni consenso, ni corrección interpretativa. Exige solo que la razón marque una diferencia. Es, precisamente por eso, un estándar que una práctica decisoria sana debería satisfacer con holgura, y cuyo incumplimiento no puede atribuirse a un rigor excesivo del evaluador.

Segunda: el estándar es público. Opera sobre documentos accesibles, producidos en un proceso con participación de las partes, sujetos a impugnación y al control de órganos distintos de aquel que decidió.

Tercera: el estándar es autoimpuesto. No fue importado por un observador externo ni construido por una teoría académica con pretensión reformadora. Fue escrito por el legislador, dirigido a los órganos judiciales y sancionado con invalidez. La comunidad que se somete al test es la misma que lo formuló para sí. Esa circunstancia es rara, y es lo que permite prescindir aquí

de cualquier justificación previa de la exigencia de discriminación: no es preciso argumentar por qué debe exigirse, porque la práctica ya ha explicado por qué la exige de sí misma.

4.3. Cómo lo lee la literatura

La literatura procesal brasileña lee el inciso III en el registro de la invalidez. Los temas recurrentes son la decisión estándar, la fundamentación genérica, la reproducción automática de preceptos legales, la fundamentación *per relationem*, la referencia a precedentes sin cotejo analítico y el régimen de nulidad que de ello deriva. La discusión es competente, es necesaria y ha producido resultados dogmáticos consistentes.⁹

Hay también investigación empírica sobre la implementación del precepto, y es directamente pertinente. Bárbara Gomes Lupetti Baptista y Daniel Navarro Puerari, en entrevistas formales e informales con quince magistrados del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro, describen el parágrafo como una propuesta de ruptura que confronta la estructura sedimentada del sistema procesal brasileño, y que se presenta en la práctica como obstáculo o, como mínimo, como desafío. El hallazgo que los propios autores registran como sorprendente es el que aquí más importa: el principal obstáculo señalado por los entrevistados no fue la defensa de la libertad de decidir, sino la meta de celeridad procesal; sería imposible, dijeron, ser ágil y cumplir el art. 489 al mismo tiempo. El encuadre que dan los autores es el de la resistencia y la cultura jurídica.¹⁰

Lo que no se encuentra, ni en el registro dogmático ni en el empírico, es la lectura del precepto como lo que lógicamente es: un test de discriminación que una comunidad instituyó para vindicar públicamente la alegación que la constituye.

5. LO QUE EL PRECEPTO DISCRIMINA

5.1. Lo que alcanza

El test funciona, y funciona bien, contra una clase determinada de fallos.

Una decisión que se limita a transcribir el precepto legal y a concluir no discrimina: el mismo precepto, transcrito del mismo modo, precedería a la conclusión opuesta sin alteración alguna. Una decisión que invoca la dignidad de la persona humana y concluye no discrimina: la misma invocación acompañaría al resultado inverso. Una decisión copiada de otra, con cambio de nombres y de números de expediente, no discrimina, y el inciso III alcanza exactamente eso.

Lo que esas decisiones tienen en común es que sus razones son insensibles al caso. Podrían haberse escrito antes de que el proceso existiera, y con frecuencia lo fueron.

El test, por tanto, alcanza y establece particularización: exige que las razones sean sensibles a aquello que distingue este caso de otros. Es una conquista real, y no debe minimizarse.

5.2. Lo que no alcanza

Considérese ahora una decisión que satisfaga el inciso III íntegramente. Afronta los hechos probados, los distingue de los hechos de casos vecinos, identifica los fundamentos determinantes del precedente invocado, demuestra el ajuste o la distinción, y responde a los argumentos capaces de desvirtuar su conclusión. Es, según cualquier estándar procesal disponible, una decisión ejemplarmente fundamentada.

Pregúntese ahora: ¿qué exhibe esa decisión que sea más probable bajo A que bajo B?

La respuesta es: nada identificable. El argumento tiene tres pasos.

Primer paso: las razones que particularizan se extraen del mismo repertorio. Aquello que permite al juzgador distinguir este caso de aquel —qué hechos son jurídicamente relevantes, qué aspecto del precedente es determinante y cuál es *obiter*, qué cuenta como argumento capaz de desvirtuar, qué es una distinción legítima y qué es una distinción artificiosa— lo proporcionan la formación y el repertorio doctrinal. Bajo la descripción B, es exactamente eso lo que cabría esperar: una comunidad bien entrenada que produce distinciones finas, estables y mutuamente reconocibles. La calidad de la particularización la predice B con la misma naturalidad con que la predice A.

Segundo paso: la insensibilidad que el test detecta es insensibilidad al caso, no a la fuente. El inciso III separa las razones que ignoran el proceso de las razones que lo tienen en cuenta. No separa las razones cuya fuerza viene del texto de las razones cuya fuerza viene de la práctica de lectura del texto. Las dos hipótesis producen, en el documento, artefactos indistinguibles, y el documento es todo lo que el procedimiento examina.

Tercer paso: la vía de verificación disponible es interna. Cuando se pretende evaluar si la lectura adoptada es la lectura que el texto exige, el recurso institucionalmente disponible es la comparación con lecturas anteriores de la misma comunidad: la jurisprudencia consolidada, la doctrina mayoritaria, los fundamentos determinantes de los precedentes. El art. 926 del Código, al imponer a los tribunales la uniformización de la jurisprudencia y su mantenimiento estable, íntegro y coherente, institucionaliza esa vía y la convierte en deber.¹¹ Pero la comparación con estados anteriores de la propia comunidad es precisamente aquello que no discrimina entre A y B, porque la coherencia con el pasado de la comunidad la predicen ambas con igual fuerza.

De ahí el resultado: el precepto establece particularización; y la particularización es indisponibilidad a pequeña escala, no procedencia.

La distinción entre indisponibilidad e independencia es aquí decisiva y merece enunciarse por separado. Que el juzgador no pueda decidir de cualquier modo, que esté sujeto a distinciones que no inventó y que no puede revocar por voluntad propia, es indisponibilidad, y el inciso III es un buen instrumento para exhibirla. Que aquello que lo sujeta sea el objeto, y no la práctica que lo reconoce, es independencia, y es otra cosa. Confundir ambas es el error que hace el precepto más tranquilizador de lo que tiene derecho a ser.

5.3. La aplicación simétrica

La quinta regla exige que el mismo test se aplique a la descripción rival, y la honestidad del argumento depende enteramente de ello.

Aplicado a B, el resultado es el mismo. El defensor de B puede señalar la estabilidad de la formación, la previsibilidad de la respuesta profesional, la reproducción de patrones de lectura entre generaciones, la convergencia de jueces de orígenes diversos ante el mismo material. Nada de ello es más probable bajo B que bajo A: una comunidad efectivamente constreñida por un texto público produciría estabilidad, previsibilidad y convergencia exactamente del mismo modo, y sería extraño que no las produjera.

Este es, por tanto, un resultado sobre el procedimiento, y no sobre la verdad de A o de B. Lo que se establece es que el mecanismo público de vindicación instituido por la práctica no separa las dos hipótesis. Ninguna de ellas queda refutada, y quien sostenga cualquiera de ellas puede seguir sosteniéndola sin contradicción. Lo que no puede es invocar el art. 489, §1º, III, satisfecho, como razón para preferirla.

6. LA OBJECCIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL

La objeción más fuerte a este argumento no procede de la teoría, sino de los datos, y es preciso afrontarla en su mejor versión.

Dan Kahan y colaboradores llevaron a cabo una investigación experimental con jueces en ejercicio, comparándolos con legos y con abogados en tareas de razonamiento jurídico y en tareas de juicio sobre riesgo. El hallazgo central es que las respuestas del público general variaron según los valores culturales de los sujetos, mientras que las de los jueces no variaron del mismo modo en las tareas propiamente jurídicas. Los autores interpretan el resultado como evidencia de que el juicio profesional adquirido mediante la formación —el *situation sense* de Llewellyn— confiere resistencia a la cognición motivada por la identidad, y de que esa resistencia es específica del dominio.¹²

La objeción que se extrae de ahí es seria: si existe un constreñimiento profesional mensurable, y si opera precisamente sobre el razonamiento jurídico, entonces hay algo real que sujeta al juzgador, y la sospecha de arbitrariedad está empíricamente mal planteada.

La objeción se acepta, y no debilita el argumento: lo refuerza.

Lo que los datos sostienen es que existe constreñimiento. Lo que no sostienen, y lo que los propios autores no pretenden sostener, es que la fuente del constreñimiento sea el objeto. Al contrario: la interpretación ofrecida sitúa la fuente en la formación. Es decir, el mejor dato disponible sobre la existencia de constreñimiento judicial es también, y en el mismo gesto, el mejor dato disponible a favor de la descripción B.

Dos consecuencias.

Primera: la indistinguibilidad aquí descrita no es una hipótesis escéptica construida en un despacho para ser derrotada. Es la lectura más natural del estado actual de la evidencia empírica. B no es el adversario débil; es la posición que sugieren los datos, y quien quiera A tendrá que mostrar qué sería, en la práctica decisoria, más probable bajo A.

Segunda: la literatura sobre razonamiento motivado, que mide en la dirección opuesta y encuentra influencia de factores extrajurídicos sobre las decisiones, no resuelve la cuestión en el otro sentido. Mostraría, a lo sumo, que el constreñimiento es menos completo de lo que se supone, no que aquello que constriñe, cuando constriñe, sea el objeto.

No se arbitra aquí esa disputa técnica, y la investigación no dispone de medios para arbitrarla. Basta, para sus fines, mostrar que la descripción concurrente existe, es seria, no depende de mala fe y dispone de apoyo empírico independiente.

7. EL ACCESO NO ERA EL PROBLEMA

El caso jurídico permite extraer un resultado que las comunidades interpretativas sin objeto disponible no permiten, y es aquí donde el argumento excede el precepto examinado.

Las investigaciones sobre prácticas que se declaran corregibles por algo que no hicieron —comunidades religiosas, por ejemplo— encuentran típicamente una explicación cómoda para el fallo de discriminación: falta acceso al objeto. No hay texto público fijado, o no hay registro independiente, o no hay confrontación entre partes interesadas, o no hay disidencia preservada, o no hay sanción para quien alegue sin sostener.

El caso jurídico brasileño elimina todas esas explicaciones de una vez. Hay texto fijado y público. Hay archivo. Hay audiencia de ambas partes, con carga argumentativa distribuida y contradictorio institucionalizado. Hay decisión escrita y fundamentada por deber constitucional. Hay voto disidente preservado. Hay control por vía de recurso a cargo de un órgano distinto. Hay crítica académica externa, permanente y con frecuencia hostil. Y hay, además, lo que ninguna de esas otras prácticas tiene: un criterio de discriminación positivado por la propia comunidad, con sanción de invalidez.

Y aun así la alegación de procedencia no queda avalada.

Se sigue un resultado negativo de alcance mayor que el del precepto examinado: la insuficiencia no deriva de la falta de acceso al objeto. El objeto está sobre la mesa. Lo que falta es una vía de acceso al objeto que no pase por la descripción cuya corrección está en cuestión, y esa falta no puede remediarse con más acceso, más publicidad, más fundamentación analítica o más control por vía de recurso, porque todos esos remedios operan a través de la misma vía.

Es importante ver con precisión lo que ese resultado no autoriza. No autoriza la conclusión de que el texto no constriña. No autoriza la conclusión de que decidir sea arbitrario. No autoriza siquiera la conclusión de que el problema sea insoluble: muestra solo que la solución, si la hay, no está en el eje en el que se construyó el instrumento. Lo que afirma es más estrecho y

más incómodo: que el instrumento público más exigente que la práctica jurídica brasileña ha producido para vindicar su alegación característica no la vindica, y que perfeccionarlo en el mismo eje no la vindicará.

8. LA PREGUNTA QUE QUEDA

Aquí la investigación encuentra su frontera, y conviene enunciarla en lugar de atravesarla.

Las comunidades interpretativas que no consiguen establecer la procedencia de aquello que las constriñe pueden, en general, suspender el juicio. La suspensión es una opción disponible y con frecuencia es la opción adoptada: se aplaza, se remite a estudio, se aguarda el consenso.

La comunidad jurídica no dispone de esa opción, y esa es su diferencia específica. La decisión sale. Alguien es encarcelado o puesto en libertad, el contrato vale o no vale, el niño se queda con uno de los padres. El ordenamiento prohíbe negarse a juzgar, y la prohibición tiene un largo linaje: el art. 4 del Código Civil francés de 1804 ya castigaba como denegación de justicia al juez que se negara a juzgar con el pretexto del silencio, la oscuridad o la insuficiencia de la ley.¹³

La literatura del *non liquet* trata, sin embargo, de una laguna en la norma: falta una regla, y el juez decide de todos modos, colmándola. La laguna aquí descrita es de otro orden: es una laguna en la procedencia del constreñimiento. No falta regla. Falta poder mostrar que lo que operó fue la regla.

Tampoco resuelve la cuestión la respuesta procedimental. Jeremy Waldron describe las circunstancias de la política como la conjunción entre la necesidad de una decisión común y el desacuerdo sobre cuál deba ser, y extrae de ahí la autoridad del procedimiento mayoritario sobre ciudadanos obligados a obedecer.¹⁴ Pero el desacuerdo del que él trata versa sobre lo que debe hacerse. El desacuerdo aquí versa sobre lo que nos constriñó. Que muchos coincidan sobre la lectura correcta no establece que la lectura venga del texto, porque la concordancia de una comunidad entrenada es precisamente lo que la descripción B prevé. Que una persona sola no baste no prueba que muchas basten.

Queda, pues, la pregunta, y este artículo la formula sin responderla:

¿Qué se debe a quien recibe una decisión cuya procedencia no se ha podido establecer?

Preguntar esto no es responder que nada autoriza la decisión, ni que todo la autoriza. Es registrar que la práctica impone, todos los días, un costo real a personas determinadas, acompañado de una alegación que el procedimiento más exigente que ella misma ha construido no consigue avalar. Una respuesta exigiría traer de fuera una medida —de lo que es debido, de cuánto es debido, a quién— y declarar abiertamente que se la está trayendo, en lugar de fingir que se la encontró por el camino. Hacerlo aquí, sin declaración, sería cometer exactamente el error que este artículo ha procurado hacer visible.

9. CONCLUSIÓN

El art. 489, §1º, III, del Código de Proceso Civil de 2015 es, en su estructura lógica, una exigencia de discriminación evidencial: exige que la razón invocada no sirva igualmente al resultado opuesto. Es un instrumento raro, porque es autoimpuesto por la comunidad que se somete a él, público en su funcionamiento y sancionado en su incumplimiento. La literatura brasileña lo trata exclusivamente como regla de invalidez procesal.

Reconstruido como test y aplicado con rigor, el precepto establece particularización —sensibilidad de las razones al caso— y no establece procedencia. Una decisión puede satisfacerlo íntegramente y permanecer indiferente entre la hipótesis de que el texto constriñó y la hipótesis de que constriñó la práctica interpretativa que lo reconoce, porque las razones que particularizan provienen del mismo repertorio cuya procedencia está en disputa, y porque la vía de verificación institucionalmente disponible es la comparación con estados anteriores de la propia comunidad.

El mismo test, aplicado simétricamente, tampoco favorece a la descripción rival. El resultado versa sobre el procedimiento, no sobre la verdad de las descripciones.

La objeción más fuerte —la de que existe un constreñimiento profesional mensurable— se acepta, y sitúa la fuente del constreñimiento en la formación, lo que refuerza el argumento en lugar de debilitarlo.

De ello se sigue el hallazgo de mayor alcance: en el dominio en que el objeto está disponible, es público y está fijado, y en que la propia práctica ha legislado su criterio de discriminación, la alegación de procedencia sigue sin vindicación. Lo que falta no es acceso, sino una vía de acceso que no pase por la descripción cuya corrección está en cuestión.

Ningún veredicto sobre la legitimidad de la jurisdicción se sigue de aquí, y ninguno se ofrece. Lo que se sigue es una pregunta, que la práctica responde en la práctica todos los días sin haberla respondido en la teoría: qué se debe a quien recibe una decisión cuya procedencia no se ha podido establecer.

REFERENCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FALLON JR., Richard H. *Implementing the Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.

FISH, Stanley. *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham: Duke University Press, 1989.

FISH, Stanley. *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

- FRANÇA. *Code civil des Français*. Paris, 1804.
- KAHAN, Dan M.; HOFFMAN, David; EVANS, Danieli; DEVINS, Neal; LUCCI, Eugene; CHENG, Katherine. Ideology or situation sense? An experimental investigation of motivated reasoning and professional judgment. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, n. 2, p. 349-439, 2015.
- KENNEDY, Duncan. Freedom and constraint in adjudication: a critical phenomenology. *Journal of Legal Education*, v. 36, n. 4, p. 518-562, 1986.
- LEVINSON, Sanford. *Constitutional Faith*. Princeton: Princeton University Press, 1988.
- LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes; PUERARI, Daniel Navarro. O dever de fundamentação das decisões judiciais e o Artigo 489 §1º, do CPC: rupturas, continuidades ou resistências? *Revista Interdisciplinar do Direito – Faculdade de Direito de Valença*, v. 21, n. 1, e20232108, 2023. DOI: 10.24859/RID.2023v21n1.1420.
- MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: PUC-Rio; Contraponto, 2016.
- SOLUM, Lawrence B. The constraint principle: original meaning and constitutional practice. Working paper, 13 abr. 2018 (rev. 2019). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2940215>. DOI: 10.2139/ssrn.2940215.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto — decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

NOTAS

1 El debate normativo sobre el constreñimiento del texto es vasto y no se arbitra en este artículo. Lawrence Solum formula el principio del constreñimiento como la tesis de que el significado originario debe constreñir la práctica constitucional; Richard Fallon examina las condiciones bajo las cuales la Constitución limita efectivamente la decisión. Ambos operan en registro normativo —lo que debería constreñir—, y no probatorio —lo que la práctica consigue exhibir a favor de la alegación de que constriñó—. La pregunta de este artículo es anterior a ambas posiciones y es indiferente a cuál de ellas esté en lo cierto. Las citas de obras consultadas en traducción portuguesa o en otras lenguas, así como las de obras de los propios autores, se vierten al español por los autores.

2 La descripción B no es una contribución original de este artículo, y la precedencia es íntegra. Stanley Fish sostiene que lo que limita la interpretación no son significados fijos en el sistema lingüístico, sino las prácticas y presupuestos de una institución, y alinea explícitamente la noción de comunidad interpretativa con la práctica desarrollada de MacIntyre, con el paradigma de Kuhn y con el *habitus* de Bourdieu. Véanse *Is There a Text in This Class?* (1980) y *Doing What Comes Naturally* (1989). La divergencia con Fish es de programa, y no de descripción: él sostiene que la

pregunta por la fuente del constreñimiento no tiene consecuencias prácticas y por eso no necesita ser respondida; aquí se la trata como pregunta pública, dirigida a quien soporta el costo de la decisión, y por eso sujeta a una carga de vindicación independientemente de que tenga o no consecuencias para la teoría. Conviene registrar también que la transposición entre comunidad religiosa y comunidad jurídica ya la realizó Sanford Levinson, en *Constitutional Faith* (1988), organizada en dos ejes: texto aislado o texto más tradición; autoridad interpretativa concentrada o dispersa. Es una tipología de actitudes interpretativas, no un test de procedencia, y el material es el mismo con una pregunta distinta.

3 Las cinco reglas no se construyeron para este artículo. Proviene de una investigación anterior de los autores sobre prácticas que se declaran corregibles por aquello a lo que responden, en la cual se fijaron antes del examen de los casos y se aplicaron a procedimientos de comunidades religiosas. La transposición al material jurídico es lo que hace este artículo; el instrumento es heredado, y declararlo importa porque una regla fijada después del examen del caso no es una regla, es una justificación.

4 STRECK, *O que é isto — decido conforme minha consciência?* (2010) y *Verdade e consenso* (4. ed., 2011). Conviene registrar que la lectura aquí propuesta —la de que la crítica hermenéutica es, ella misma, una alegación pública de procedencia y debe tratarse como dato— no es la autocomprensión declarada de quien la formula, y no se le imputa. Es una descripción externa, y como tal está sujeta a la misma exigencia de discriminación que se aplica a todo lo demás en este artículo.

5 RODRIGUEZ, *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)* (2013), en especial los capítulos sobre argumento de autoridad y justificación y sobre zonas de autarquía. La proximidad es lo bastante grande como para que la diferencia deba declararse y no solo afirmarse: el presente artículo no sostiene que los tribunales brasileños decidan mal, ni propone un criterio de crítica institucional. Sostiene que un procedimiento determinado no establece aquello que se supone que establece, y la conclusión vale igualmente para decisiones excelentes.

6 NEVES, *A constitucionalização simbólica* (2007). La objeción formulada en el cuerpo del texto no pretende refutar la tesis, que tiene un alcance mucho mayor que el del precepto aquí examinado, sino mostrar que no discrimina entre las dos descripciones en disputa en este artículo, lo cual es una observación sobre su uso en este punto, y no sobre su valor.

7 SHECAIRA; STRUCHINER, *Teoria da argumentação jurídica* (2016). La vocación descriptiva y la explicitación de las premisas metodológicas son lo que convierte ese trabajo en el interlocutor natural de una investigación como esta, aunque el objeto sea otro.

8 BRASIL, Lei n. 13.105/2015, art. 489, §1º, I a VI. El inciso VI, no examinado aquí, alcanza a la decisión que deja de seguir un enunciado de sùmula, una jurisprudencia o un precedente invocado por la parte sin demostrar la distinción o la superación, y es, nótese, el único de la lista que opera en dirección inversa, al exigir justificación para el apartamiento y no para la adhesión.

9 La literatura es abundante y la orientación es uniforme. Los ejes recurrentes son la decisión estándar, la fundamentación genérica, el cotejo analítico exigido para la invocación de precedentes y el régimen de nulidad. Ninguno de los tratamientos consultados examina el inciso III como exigencia lógica de discriminación entre resultados rivales, y es ese vacío el que el presente artículo procura ocupar. No se sostiene que el tratamiento dogmático esté equivocado: se sostiene que no agota la estructura del precepto.

10 LUPETTI BAPTISTA; PUERARI, O dever de fundamentação das decisões judiciais e o artigo 489, §1º, do CPC: rupturas, continuidades ou resistências?, *Revista Interdisciplinar do Direito – Faculdade de Direito de Valença*, v. 21, n. 1, e20232108, 2023. El dato se reencuadra aquí, y el reencuadre debe declararse: los autores describen la resistencia de la magistratura a un deber nuevo, y la descripción es suya; lo que interesa a este artículo es una circunstancia que se deriva de ella y que ellos no tenían motivo para destacar: que el criterio de vindicación escrito por la comunidad para sí misma resulte derrotado, en la práctica, por una métrica institucional concurrente, la productividad. Un criterio de

discriminación que solo puede satisfacerse a costa de incumplir otra exigencia del mismo sistema no es solo incumplido: es estructuralmente improbable. Las dos lecturas son compatibles y la segunda no sustituye a la primera.

11 BRASIL, Lei n. 13.105/2015, art. 926. La observación del cuerpo del texto no es una crítica al deber de uniformización, que tiene una justificación independiente y fuerte en la seguridad jurídica. Es una observación sobre su rendimiento discriminatorio: un deber de coherencia con el pasado de la propia comunidad produce, por construcción, exactamente aquello que ambas descripciones prevén.

12 KAHAN et al., Ideology or situation sense? An experimental investigation of motivated reasoning and professional judgment, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, p. 349-439, 2015. El diseño compara una muestra de doscientos cincuenta y tres jueces en ejercicio con una muestra de ochocientos miembros del público general, ambas culturalmente polarizadas fuera del dominio jurídico. La interpretación del hallazgo es de los autores del estudio y se reproduce aquí como tal; el uso que de ella se hace —que el mejor dato a favor de la existencia de constreñimiento es también el mejor dato a favor de que su fuente sea la formación— es de este artículo y no se les imputa. Conviene registrar además que la literatura sobre razonamiento motivado aplicada a decisores judiciales mide en dirección opuesta en varios diseños experimentales; la disputa no se arbitra aquí, y la investigación no depende de que se arbitre.

13 Francia, Código Civil de 1804, art. 4. La distinción entre laguna en la norma y laguna en la procedencia es, hasta donde se ha podido averiguar, propia de este artículo, y es el punto en que la discusión clásica del *non liquet* deja de alcanzar el problema: aquella presupone que el material normativo no determina el resultado; esta admite que lo determina y pregunta cómo se establecería que fue él quien lo determinó.

14 WALDRON, *Law and Disagreement* (1999). La respuesta procedimental es la alternativa más seria a la pregunta dejada abierta en el § 8, y la razón por la cual no la alcanza es estructural: la agregación de juicios resuelve el problema de elegir entre resultados incompatibles, no el de establecer la fuente del constreñimiento que produjo cada uno de ellos. Que muchos coincidan lo predicen con igual fuerza las dos descripciones en disputa.