

2.2. Los respaldos en el razonamiento judicial

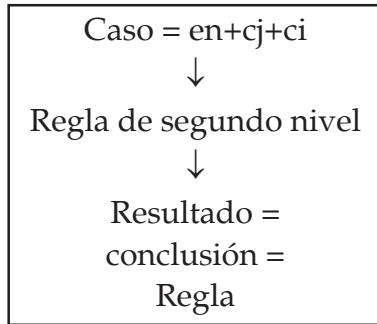
Con carácter general puede afirmarse que la utilización de los respaldos en el contexto jurídico reviste ciertas peculiaridades. Antes de examinar su presencia en el Derecho, conviene recordar cómo el análisis del respaldo puede hacernos salir de la perspectiva descriptiva del razonamiento expuesto en la sentencia, trasladándonos más bien al plano de la descripción real o al de su justificación ideal, ya que, como veremos, en el contexto jurídico no es común encontrarse con la exposición del argumento respaldo, máxime cuando se trata de razonamientos indiciarios (independientemente de que sea el argumento esencial para su comprensión y justificación)¹¹⁷.

En este sentido, pueden ser apuntados tres planos de análisis del respaldo. Uno de ellos, que es el que está conectado con la perspectiva de este trabajo, consiste en reconstruir como expone el juez el argumento respaldo como apoyo de la regla que utiliza en el argumento principal. Otro, es el del análisis y reconstrucción del razonamiento efectuado o presupuesto por el juez y no expuesto en la sentencia. Por último, asociado a los anteriores, estaría el análisis sobre la justificación del argumento expuesto, efectuado o presupuesto, como apoyo de la regla utilizada en el argumento principal. Pues bien, aunque la perspectiva del trabajo es la primera, he destacado también como en ocasiones en la exposición de la sentencia no se hace alusión al respaldo. Por eso, algunos de los ejemplos a los que me referiré, serán más bien intentos de reconstrucción de uno de los posibles respaldos utilizados o que deberían ser utilizados para apoyar las reglas¹¹⁸.

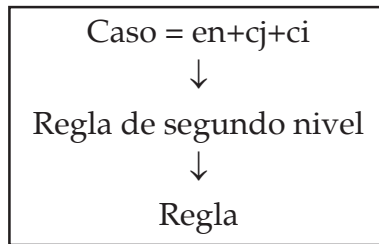
¹¹⁷ Sobre el carácter limitado de la inducción en el Derecho *vid.* SINCLAIR, K., "Legal Reasoning: In Search of an Adequate Theory of Argument", *California Law Review*, 59, pp. 827 y 828.

¹¹⁸ Ciertamente, la presentación de los respaldos, al trabajar exclusivamente con el texto de la sentencia (que es lo que llega al contexto jurídico), se hace más problemática ya que, en ocasiones, los argumentos principales se apoyan en consideraciones efectuadas a lo largo del proceso y que luego no son plasmadas en el pronunciamiento final. Por ejemplo, argumentos que se derivan de la utilización de informes de expertos, se plasman en las sentencias sin hacer alusión a dichos informes.

Recuérdese que el esquema de los argumentos respaldos era el siguiente.



Con el objetivo de simplificar los esquemas, suprimiré en lo sucesivo la alusión a los términos resultado y conclusión, dándola por presupuesta.



Los argumentos respaldo en el contexto jurídico, poseen una serie de singularidades que alteran en cierto sentido sus elementos. En este sentido, conviene detenerse brevemente en la descripción de los elementos que los forman.

2.2.1. Enunciados normativos y normas: los respaldos consolidados y no consolidados

Como señalé al comienzo del trabajo, el contexto jurídico se caracteriza por el papel que en el mismo desempeñan las normas jurídicas¹¹⁹. En este contexto, a diferencia de otros, existe una se-

¹¹⁹ En este sentido se ha afirmado que, “el discurso jurídico se diferencia del discurso práctico general en que su libertad está limitada, en pocas palabras, por la ley, el precedente, la dogmática, y –en el caso del proceso–, por las leyes procedimentales”. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 38.

rie de normas que, basadas en lo que KELSEN denominó como principio de imputación, desempeñan un papel de autoridad en la argumentación. Pero junto a las normas jurídicas, dentro del razonamiento aparecen otros enunciados que poseen carácter normativo y que desempeñan el mismo papel. Así, podemos encontrarnos, además de normas, valoraciones, enunciados o constataciones empíricas, definiciones, etc... Estos enunciados pueden estar presentes tanto en los razonamientos fácticos como en los indiciarios como en los de calificación jurídica, y poseen una función prescriptiva, y en este sentido normativa.

La comprensión del significado de las normas y de los enunciados normativos en el ámbito del respaldo, exige llevar a cabo una serie de consideraciones y distinciones generales. Se trata de cuestiones que van más allá del objeto del trabajo, pero que inevitablemente hay que abordar, aunque sea de forma breve.

Así, con carácter preliminar, es oportuno aclarar el significado que estamos dando a los términos enunciado normativo y norma, dentro del contexto examinado¹²⁰. Se trata de dos términos que servirán para identificar una misma realidad diferenciándose sólo por su función. Entenderé por enunciado normativo una proposición prescriptiva emitida por un operador jurídico, mientras que el término norma se utilizará para hacer alusión a la aplicación de enunciados normativos en la solución de supuestos jurídicos por parte de un operador jurídico. Como puede observarse, en ambos casos se hace referencia a operadores jurídicos. Utilizaré un concepto amplio de operador jurídico entendiéndolo por tales a los sujetos u órganos que intervienen en el contexto jurídico.

De esta forma, la normas, en general, pueden ser contempladas como enunciados normativos y como normas en sentido estricto. Básicamente, y para el tema que nos ocupa, las normas funcionan como enunciados normativos cuando sirven de cobertura

¹²⁰ Sobre la distinción *vid.* en general ALEXEY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 50 y ss.

a la creación de otra norma; los enunciados funcionan como norma cuando se aplican directamente a la solución de un supuesto jurídico. En este sentido, dependiendo de la perspectiva que se maneje (creación o aplicación), deberá utilizarse uno u otro término. En todo caso, si quisiéramos emplear únicamente el término enunciado normativo, podríamos concluir que éstos pueden tener una aplicación inmediata (es decir, convertirse en normas directamente, o lo que es igual, aplicarse directamente a la solución de supuestos jurídicos) o mediata (es decir, servir de cobertura para la creación de un enunciado de aplicación inmediata, o lo que es igual, de una norma, o de otro enunciado de aplicación mediata).

Si volvemos al esquema del respaldo, podemos concluir que, desde la distinción anterior, manteniendo los términos enunciado y norma, la regla con la que concluye el argumento, tendría la consideración de norma. En este sentido, toda norma (aplicación de enunciados normativos a la solución de supuestos jurídicos) funcionará como regla¹²¹. Lo que no es óbice, claro está, para presentar también enunciados normativos en forma de regla.

En la descripción de la estructura de las reglas abandonamos, en principio, la utilización del bicondicional. Ahora bien, esto no significa que no puedan darse supuestos de utilización de reglas con el operador bicondicional dentro del contexto jurídico. Ciertamente, el tipo de argumento dependerá de si la regla utiliza un condicional simple o un bicondicional, por lo que optar por un tipo u otro de estructura posee importantes consecuencias. En este sentido, podemos pensar que en la descripción del razonamiento expuesto en una sentencia sea difícil determinar si estamos en presencia de una regla que utiliza un condicional o un bicondicional. Una forma de solventar esta dificultad pasa por tener en cuenta que, en el supuesto del bicondicional, el caso (antecedente) y el resultado (consecuente) de la regla pueden ser in-

¹²¹ Ciertamente esta consideración no afecta a la distinción entre normas-reglas y normas-principios, ya que esta se produciría más bien en el ámbito de los enunciados normativos.

vertidos sin que con ello se altere el carácter de la conclusión a obtener. Es decir, si nos encontramos con una regla que dice, “Si entonces b”, podremos saber que estamos en presencia de un bicondicional cuando sea posible afirmar también, “Si b entonces a”. Ahora bien, lo importante es determinar cuándo es posible. Para ello habrá que estar al tipo de regla en cuestión y a la justificación del enunciado normativo que le sirve de cobertura.

La distinción entre enunciado normativo y norma nos conduce a establecer dentro de estos términos una diferenciación ulterior. Así, en relación con los enunciados normativos distinguiré entre enunciados normativos consolidados y no consolidados. Por su parte, en relación con las normas, diferenciaré entre normas independientes, dependientes y mixtas¹²².

La distinción entre enunciados normativos consolidados y no consolidados tiene que ver con el problema de la validez normativa entendida en términos de pertenencia. Son enunciados normativos consolidados las proposiciones prescriptivas creadas por operadores jurídicos que son centros de producción normativa (esto es, que están dotados de competencia para producir enunciados normativos que pueden ser consolidados)¹²³, y cuyo significado literal no está en contradicción con el significado literal de un enunciado normativo consolidado de rango superior. En este sentido, el Ordenamiento jurídico está compuesto de enunciados normativos consolidados. Por su parte, los enunciados normativos no consolidados son proposiciones prescriptivas que: a) siendo creadas por operadores jurídicos que son centro de producción normativa poseen un significado literal contradictorio con el significado literal de un enunciado normativo consolidado de

¹²² La distinción es diferente a la establecida por Kelsen (Vid. Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 67 y ss.), y también, aunque más cercana a la de Caracciolo, R. A., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 31.

¹²³ Sobre los centros de producción de normas vid. *Jueces y normas*, cit., pp. 36 y ss. También Peces-Barba, G., *Curso de Derechos fundamentales*, (con la colaboración de R. de Asís, C. R. Fernández Liesa y A. Llamas), BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995, p. 572.

rango superior; b) siendo creados por operadores jurídicos que no son centro de producción de normas poseen un significado literal que no es contradictorio con el significado literal de enunciados normativos consolidados; c) siendo creados por operadores jurídicos que no son centro de producción de normas poseen un significado literal que es contradictorio con el significado literal de enunciados normativos consolidados¹²⁴.

Por su parte, la distinción entre normas independientes, dependientes y mixtas, tiene que ver con el problema de la aplicación de enunciados a la solución de supuestos jurídicos y por lo tanto también con la creación de enunciados¹²⁵, y se establece tomando en consideración la existencia, en su caso, y el papel del enunciado normativo que sirve de cobertura a la norma¹²⁶. Son normas independientes las proposiciones prescriptivas creadas por un operador jurídico que se aplican a la solución de un su-

¹²⁴ La distinción entre enunciados normativos consolidados y no consolidados puede ser explicada desde la diferenciación entre validez formal y material de los enunciados. Así, los consolidados serían válidos formal y materialmente; los no consolidados del primer tipo sería formalmente válidos pero inválidos materialmente; los no consolidados del segundo tipo serían inválidos formalmente pero válidos materialmente; y por último los no consolidados del tercer tipo serían inválidos formal y materialmente. Una visión formalista del Derecho atendería exclusivamente a los dos primeros tipos de enunciados. Sin embargo, como veremos, incluso una visión de este tipo, debe dar cuenta del resto, sobre todo si se proyecta al ámbito de la solución de supuestos jurídicos.

¹²⁵ Sobre la relación entre aplicación y creación del Derecho *vid.* Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 294 y ss. También, *Jueces y normas*, cit., pp. 275 y ss.

¹²⁶ Esta distinción exige con carácter previo introducir un criterio que nos permita establecer quienes están dotados de competencia para aplicar enunciados, esto es, para crear normas. En principio es posible afirmar que todo operador jurídico puede hacerlo, pero conviene ser consciente de que en el Derecho existen determinados sujetos u órganos cuya aplicación de enunciados está dotada de mayor fuerza. Con carácter general, todo centro de producción de normas posee competencia para aplicar enunciados, pero además esta competencia está también presente en el poder judicial (cuya consideración como centro de producción de normas es polémica).

puesto jurídico y que no tienen como referente un enunciado normativo consolidado. Son normas dependientes las proposiciones prescriptivas creadas por un operador jurídico que se aplican a la solución de un supuesto jurídico y que tienen como referente un enunciado normativo consolidado. Dentro de ellas es posible diferenciar las que son el resultado de la interpretación literal del enunciado de las que son el resultado de la interpretación no literal del enunciado. Por último, las normas mixtas, que pueden ser contempladas como un tipo especial de normas independientes, son proposiciones prescriptivas creadas por un operador jurídico que se aplican a la solución de un supuesto jurídico y que tienen como referente un enunciado normativo no consolidado. Igual que las normas dependientes, las mixtas pueden ser el resultado de la interpretación literal del enunciado o de la interpretación no literal¹²⁷.

Estos tres tipos de normas pueden presentarse como enunciados normativos consolidados y no consolidados. Ahora bien, su consideración como enunciado normativo consolidado sólo es posible cuando el operador jurídico que crea la norma es un centro de producción de normas y además el significado literal no es contradictorio con el significado literal de un enunciado normativo consolidado de rango superior.

Como se habrá observado, las distinciones anteriores presumen dos consideraciones que por obvias, no deben ser pasadas por alto. La primera se refiere a que todo enunciado normativo o

¹²⁷ La distinción entre normas independientes y normas mixtas, se hace prestando atención a la aplicación de enunciados jurídicos, con el objetivo de diferenciar, en ese ámbito, la actividad del legislador de la del juez. En efecto, así como es posible afirmar que el legislador puede utilizar normas independientes, esto resulta más problemático de aceptar cuando se trata de un juez. Por otro lado, independientemente de que fuera del ámbito de la aplicación la distinción puede ser pasada por alto, en éste reviste cierta importancia ya que, la exigencia de sometimiento al Derecho y de motivación de las sentencias que poseen los jueces, exige presentar respaldos a sus argumentos desde el Derecho. En cambio, esa exigencia no se extiende al legislador, independientemente de su sometimiento a las normas constitucionales.

norma en el Derecho es creado por una persona u órgano. La segunda que todo enunciado normativo o norma posee un significado que se deduce del tenor literal de los términos que lo componen¹²⁸, sin que esto signifique que es este el significado que prevalece.

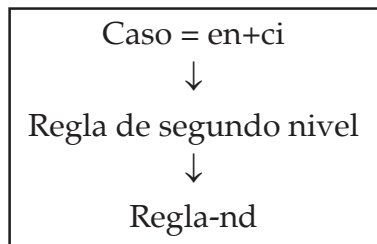
Volviendo al contexto argumentativo jurídico y más concretamente al judicial, el traslado de las consideraciones anteriores debe hacerse destacando la existencia de dos notas que definen parte de su actividad: a) necesidad de resolver conforme a Derecho; b) exigencia de motivación. La primera exigencia es la manifestación del principio de legalidad y se traduce en lo que podríamos denominar como prohibición de arbitrariedad legal (o normativa); la segunda se traduce en la prohibición de arbitrariedad racional.

¹²⁸ Esta nota obliga a incluir entre los requisitos de validez de las normas y de los enunciados una exigencia que se deduciría de los postulados que componen la moral interna del Derecho y que se traduce en la corrección lingüística del enunciado o de la norma, al menos en un sentido mínimo, es decir, en la exigencia de que posean significado conforme a las reglas de la lengua en cuestión. Esta exigencia se presenta igualmente si aludimos a una distinción que no ha sido tenida en cuenta y que se traduce en la diferenciación entre texto normativo y enunciado o norma. En efecto, si identificamos texto normativo con una cadena de expresiones del lenguaje natural gramaticalmente correcta que posee un sentido prescriptivo, los enunciados y las normas serían expresión de la atribución de significado al texto presumiendo, por tanto, la exigencia de corrección como fruto de la moral interna. Ciertamente, la atribución de significado fruto de la interpretación es un tema valorativo. Sin embargo no se ha hecho referencia a esta problemática entendiendo que es posible hablar de una interpretación literal del texto normativo que permite entenderlo como enunciado normativo. La distinción entre texto, enunciado normativo y norma está relacionada, pero no es idéntica, a la distinción entre acto normativo, enunciado y norma. *Vid.* al respecto MENDONÇA, D., *Introducción al análisis normativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 65 y ss. También ANSUÁTEGUI, F. J., "Poder, Ordenamiento jurídico, Derecho", en *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, nº 2, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Dykinson, Madrid, 1997, pp. 18 y ss. En todo caso, la distinción entre enunciado normativo y norma posee consecuencias en el ámbito de la lógica que no serán tenidas en cuenta. *Vid.* al respecto, ALCHOURRÓN, C. E. / BULYGIN, E., *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, cit.

En este sentido, si puede ser cuestionada la consideración como centros de producción de normas de los jueces y tribunales, tema que será abordado más adelante, sin embargo no debe ser pasado por alto que poseen una competencia cualificada para aplicar enunciados normativos¹²⁹, regida por la obligación de sometimiento al Derecho. Por ello, a la definición de las normas independientes, dependientes y mixtas, debe añadirse, cuando son creadas por jueces o tribunales, que el significado literal de las mismas no podrá ser contrario al significado literal de un enunciado normativo consolidado.

Centrándonos en el papel aplicador –también creador– del poder judicial y a la vista de lo anterior, la producción de normas dependientes no parece presentar problemas con las notas antes señaladas. En estos supuestos el sometimiento al Derecho y la exigencia de motivación se traducen en la adopción de un enunciado normativo consolidado.

En el ámbito del respaldo, si describimos las normas dependientes con las siglas “nd”, el esquema se representaría como sigue.



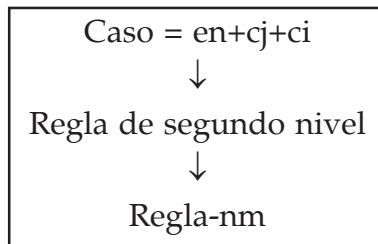
Llamaré a esta formulación general del respaldo como RC (respaldo consolidado). Como se habrá observado, en su exposición no aparece el criterio de justificación. Independientemente de que más adelante vuelva sobre ello, su no inclusión se debe a que se trata de enunciados cuyo valor no es problemático en el contexto en el que se argumenta.

¹²⁹ Que se traduce por ejemplo en considerar su aplicación como la respuesta que a un determinado supuesto es dada por el Derecho.

Otra cosa puede ocurrir respecto de las normas independientes y de las mixtas (que son un tipo especial de normas independientes). En este sentido, es posible rechazar la posibilidad de creación de normas independientes en sentido estricto, pero no así de normas mixtas¹³⁰. En cualquier caso, parece que la exigencia de no arbitrariedad racional tendría en este supuesto una proyección ciertamente externa, haciéndose necesario, además de los requisitos correspondientes a las normas dependientes (enunciado normativo y criterios de interpretación), aludir a un criterio de justificación del enunciado no consolidado.

En efecto, este tipo de argumentos parte de un enunciado normativo que no puede ser descrito en términos de validez, lo que exige que quien lo utilice justifique su valor. Esta exigencia, en relación con los respaldos consolidados ya vistos, se satisface lisa y llanamente desde la adecuación

Si identificamos las normas mixtas con las siglas “nm”, el esquema del respaldo sería.



Llamaré a esta formulación general del respaldo como RNC (respaldo no consolidado).

Como he venido advirtiéndolo, la exposición de los respaldos no suele hacerse de forma explícita en las sentencias, máxime cuando se trata de respaldos no consolidados. De ahí que en

¹³⁰ Vid. al respecto BULYGIN, E., “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, en *Doxa*, n° 9, Alicante, 1991, p. 267. Si bien, ciertamente esa alusión se hace desde un concepto de norma independiente diferente al utilizado aquí.

estos casos, la reconstrucción del argumento pueda ser considerada por algunos como artificial e incluso, en ocasiones, hasta superflua, al coincidir, sin la aparición explícita de un criterio, el enunciado normativo con la regla. Más adelante volveré sobre ello.

En cualquier caso, conviene advertir que la argumentación justificatoria adquiere una relevancia mayor cuando el respaldo se proyecta en argumentos que han utilizado una regla probable. Este carácter probable de la regla se proyecta también sobre su respaldo y de igual forma sobre el enunciado normativo en él expuesto. En estos supuestos, la exigencia de justificación del enunciado debería ser mayor¹³¹.

2.2.2. Los criterios de justificación

Con carácter general, los criterios de justificación son herramientas que permiten justificar la utilización de un enunciado normativo en el ámbito de la decisión jurídica y por ende, la utilización de una norma. Dentro de ellos es posible diferenciar entre criterios de pertenencia y criterios de justificación en sentido estricto.

Normalmente, en los Ordenamientos jurídicos modernos se tiende a subrayar la presencia de dos tipos de criterios de pertenencia que se proyectan en el razonamiento tanto en el ámbito del enunciado normativo cuanto en el de la norma: el formal (órgano y procedimiento establecido) y el material (contenido no contradictorio con el de normas o enunciados superiores)¹³². Conviene tener presente en relación con estos criterios cómo, en el ámbito del razonamiento son herramientas justificatorias. En efecto, en ocasiones, el enunciado nor-

¹³¹ Es importante en esta temática recordar que, tal y como se expuso en la introducción, no diferenciaré entre probabilidad de hechos y probabilidad de fines o intenciones.

¹³² Aunque como digo se proyectan tanto en los enunciados como en las normas, cuando los criterios de pertenencia se traducen en criterios de validez, su ámbito principal de proyección es el de las normas.

mativo es utilizado por formar parte del Ordenamiento jurídico de que se trate y, por tanto, por reunir los requisitos formales y materiales.

Los criterios de pertenencia se proyectan en los enunciados normativos consolidados. Estos criterios no aparecerán en la exposición de los argumentos respaldo. La propia consideración de un enunciado normativo como consolidado presume la satisfacción de estos criterios.

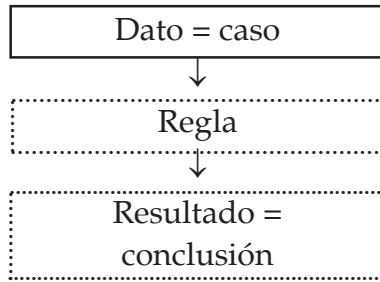
Por su parte, los criterios de justificación en sentido estricto son un recurso argumentativo que se utiliza en la práctica jurídica y que sirven de apoyo a la utilización de los enunciados normativos no consolidados o, al menos, cuando su consideración como consolidados es polémica. Básicamente, su papel no es otro que el de justificar los enunciados normativos que se han tomado como referencia.

Tomemos como ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2ª) de 24 de junio de 1993, en la que se afirma:

“Producida la aprehensión de una cantidad notoria de hachis, se procede a la investigación, se toman las declaraciones previas a los ocupantes del autobús y las sospechas aparecen centradas en una madre y su hijo menor. Se prosigue la investigación y se constata como la droga se porta en unas cajas de zapatos que se corresponden, sin ningún género de dudas, con los que calzan madre e hijo, identificación plena de marca, modelo y número que no deja lugar a incertidumbre alguna sobre quine introdujo la droga en dichas cajas, tesis avalada por la conducta de la acusada, la cual niega en todo momento que las cajas son suyas, pero sin embargo se procura borrar vestigios de tal identidad, aprovechando momentos en que está sola para hacer desaparecer las pegatinas de sus zapatos”.

Para entenderlo hay que hacer mención a que la aprehensión de la droga por una cantidad de 12.300 gramos, se produce en un registro a un autobús en el que viajan la acusada y su hijo.

Pues bien, la descripción de este razonamiento podría hacerse utilizando, un argumento del tipo P.

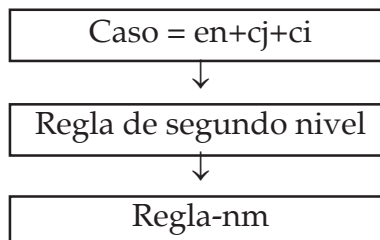


Dato = caso: 1° Aprehensión en un autobús donde viaja la acusada de una cantidad notoria de hachís (12.300 gramos) guardada en unas cajas de zapatos que se corresponden, sin ningún género de dudas, con los que calzan madre (acusada) e hijo, identificación plena de marca, modelo y número. 2° La acusada niega en todo momento que las cajas son suyas, pero sin embargo se procura borrar los vestigios de tal identidad, aprovechando momentos en los que está sola para hacer desaparecer las pegatinas de sus zapatos.

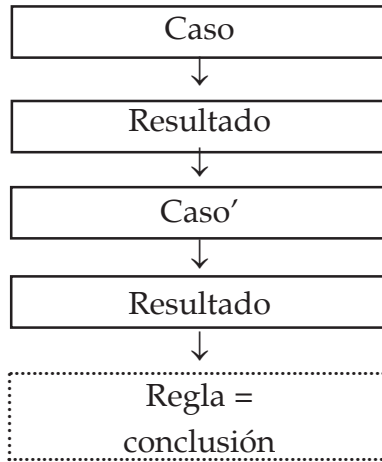
Regla: 1° Aprehensión en un autobús donde viaja la acusada de una cantidad notoria de hachís (12.300 gramos) guardada en unas cajas de zapatos que se corresponden, sin ningún género de dudas, con los que calzan madre (acusada) e hijo, identificación plena de marca, modelo y número. 2° La acusada niega en todo momento que las cajas son suyas, pero sin embargo se procura borrar los vestigios de tal identidad, aprovechando momentos en los que está sola para hacer desaparecer las pegatinas de sus zapatos.

Resultado = conclusión: La acusada introdujo el hachís en una cantidad de 12.300 gramos en dichas cajas con destino (con intención) a su tráfico entre terceras personas.

Ciertamente, el tribunal no expone el argumento respaldado. En todo caso, debemos pensar que sería del tipo RNC:



De esta forma, el enunciado normativo no consolidado, coincidiría con la regla utilizada. Entre los argumentos utilizados podemos pensar como criterio de justificación de reglas probables en el argumento inductivo¹³³.



Caso: En un supuesto pasado: 1º Aprehensión en un autobús donde viaja la acusada de una cantidad notoria de hachís (12.300 gramos) guardada en unas cajas de zapatos que se corresponden, sin ningún género de dudas, con los que calzan madre (acusada) e hijo, identificación plena de marca, modelo y número. 2º La acusada niega en todo momento que las cajas son suyas, pero sin embargo se procura borrar los vestigios de tal identidad, aprovechando momentos en los que está sola para hacer desaparecer las pegatinas de sus zapatos.

¹³³ De esta forma las críticas vertidas hacia la utilización del argumento inductivo como argumento que llega a conclusiones ciertas, no tiene sentido proyectarlas en nuestra construcción. *Vid.* esta crítica por ejemplo en TARUFFO, M., *Studi sulla rilevanza delle prove*, CEDAM, Padova, 1970, pp. 206 y ss. En efecto, para nosotros la conclusión a la que llega el proceso inductivo es sólo probable. Otra cosa ocurre con la consideración del argumento principal respaldado por vía inductiva. Como he tenido ocasión de señalar, en el razonamiento indiciario esta conclusión, que es sólo probable, pasa a ser considerada cierta, siendo esta una de las características del contexto jurídico. Sobre los problemas de la inducción jurídica *vid.* FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 130.

Resultado: En ese supuesto, la acusada introdujo el hachís en una cantidad de 12.300 gramos en dichas cajas con destino (con intención) a su transmisión entre terceras personas.

Caso': En otro supuesto pasado, 1º Aprehensión en un autobús donde viaja la acusada de una cantidad notoria de hachís (12.300 gramos) guardada en unas cajas de zapatos que se corresponden, sin ningún género de dudas, con los que calzan madre (acusada) e hijo, identificación plena de marca, modelo y número. 2º La acusada niega en todo momento que las cajas son suyas, pero sin embargo se procura borrar los vestigios de tal identidad, aprovechando momentos en los que está sola para hacer desaparecer las pegatinas de sus zapatos.

Resultado: En ese otro supuesto, la acusada introdujo el hachís en una cantidad de 12.300 gramos en dichas cajas con destino (con intención) a su transmisión entre terceras personas.

Regla-conclusión: Si aprehensión en un autobús donde viaja la acusada de una cantidad notoria de hachís (12.300 gramos) guardada en unas cajas de zapatos que se corresponden, sin ningún género de dudas, con los que calzan madre (acusada) e hijo, identificación plena de marca, modelo y número, y la acusada niega en todo momento que las cajas son suyas, pero sin embargo se procura borrar los vestigios de tal identidad, aprovechando momentos en los que está sola para hacer desaparecer las pegatinas de sus zapatos; entonces, la acusada introdujo el hachís en una cantidad de 12.300 gramos en dichas cajas con destino (con intención) a su transmisión entre terceras personas.

A partir de esta justificación el razonamiento habría utilizado un criterio de interpretación literal. Ahora bien, vuelvo a repetir que este respaldo no aparece expuesto en la sentencia y se trata más bien de reconstruir o plantear el apoyo de la regla utilizada. En todo caso, la posible justificación a través del criterio inductivo es fácilmente utilizable cuando el juez hace referencia a las máximas de la experiencia o, también, cuando se refiere a decisiones anteriores sobre casos similares. Como es sabido las máximas de la experiencia fueron concebidas por STEIN como: "definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido, y que, por encima de esos casos, pretenden tener

validez para otros nuevos”¹³⁴. Nuestro Tribunal Supremo ha señalado que se trata, de “juicios hipotéticos obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes, determinantes de conclusiones razonables en el orden normal de la convivencia que el juez, sin excederse o sobrepasar el principio de aportación de hechos por las partes, puede utilizar...”¹³⁵. Se trata por tanto de reglas o definiciones que determinan, por ejemplo, que condiciones deben reunir las partes para ser creíbles sus alegaciones, cuando puede ser fiable un documento, etc..., y que surgen de la experiencia acumulada por el juzgador¹³⁶. De ahí que la apelación a la experiencia la relacionen con la inducción. Y lo mismo cabe decir en relación con las decisiones anteriores, si bien estas pueden formar parte de lo que más adelante denominare como criterio de autoridad.

En todo caso, la utilización de enunciados normativos probables puede hacerse sin el apoyo en argumentos inductivos. Así por ejemplo, puede hacerse referencia a conocimientos generales previos o incluso al propio entorno cultural¹³⁷. También pueden

¹³⁴ *El conocimiento privado del juez*, trad. de A. de la Oliva, Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, p. 30.

¹³⁵ Sentencia de 24 de noviembre de 1986, RA, 6499.

¹³⁶ *Vid.* LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 283. En este sentido, puede afirmarse con Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA, que las máximas de la experiencia presentan un carácter ambivalente: “de un lado integran una categoría única, al estar compuestas por un acervo de conocimientos recabados por la persona, en sus distintos procesos de percepción sensorial y física (incluso los basados en la experimentación de sentimientos e intuiciones). Más, de otro, no dejan de ser una categoría variada; tan amplia, de hecho, como lo pueden ser todas las fuentes del saber humano”. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, cit., p. 60.

¹³⁷ *Vid.* WILLIAMS, G., “The Mathematics of Proff. I y II”, en *The Criminal Law Review*, 1979. Recogido en A. AARNIO y N. MACCORMICK, *Legal Reasoning*, vol. II, Dartmouth, Andershot-Hong Kong-Singapore-Sidney, 1992, por donde se cita, p. 448. Sobre la relación entre probabilidad y sentido común *vid.* BOREL, E., *Las probabilidades y la vida*, trad. de A. Giralt Pont, Oikos Tau, Barcelona, 1971, pp. 15 y ss. En este sentido, es común distinguir en el ámbito procesal, a partir de L. STEIN (*El conocimiento privado del juez*, cit., pp. 25 y 80), quien por otro lado niega que la distinción tenga efecto alguno, entre reglas de la experiencia de conocimiento general y máximas de la experiencia

presentarse otras técnicas que apoyarían el argumento inductivo o que operarían de forma independiente. Ciertamente, este tipo de consideraciones ha producido un acercamiento entre inducción y teorías de la probabilidad¹³⁸, que ha tenido reflejo en el contexto jurídico¹³⁹, dentro del que es posible distinguir, de forma ciertamente polémica, entre análisis que se basan en el cálculo de probabilidades y análisis que se basan en la razonabilidad¹⁴⁰.

Tal vez, la proyección más conocida en el contexto jurídico sea la de las teorías de la razonabilidad¹⁴¹. En general, este tipo de

especializadas. *Vid.* sobre esta distinción y sus efectos en lo relativo a su control, VEGA TORRRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., pp. 65 y ss.

¹³⁸ *Vid.* COHEN, M. / NAGEL, E., *Introducción a la lógica y al método científico*, t. II, cit., pp. 103 y ss. También PIRAS, A., "Le massime d'esperienza e la motivazione insufficiente", en *Jus*, n° 6, 1955, p. 109.

¹³⁹ *Vid.* al respecto, entre otros, TARUFFO, M., "Modelli di prova e di procedimento probatorio", en *Rivista di Diritto Processuale*, n° 2, 1990, pp. 443 y ss. Del mismo autor *vid.* *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 166 y ss. También FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 143 y ss.

¹⁴⁰ Conviene en todo caso destacar que ambas utilizan un concepto de probabilidad cercano, en el primer caso a la probabilidad subjetiva, y en el segundo, a la objetiva.

¹⁴¹ Dentro de ellas se sitúan claramente posiciones como las de Stph. TOULMIN, N. MACCORMICK, A. AARNIO o A. PECZENICK. *Vid.* TOULMIN, Stph. / RIEKE, R. / JANIK, A., *An Introduction to Reasoning*, cit., pp. 108 y 109; MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit.; AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, cit.; PECZENICK, A., *On Law and Reason*, cit., pp. 116 y ss. También puede ser consultada la obra de RECASÉNS, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*, cit., pp. 499 y ss. (si bien con un sentido de lo razonable distinto); el trabajo de ATIENZA, M., "Sobre lo razonable en el Derecho", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1989, n° 27; o CALVO GONZÁLEZ, J., *El discurso de los hechos*, cit., pp. 66 y ss. En *Jueces y Normas*, también se utilizó esta idea de la razonabilidad en términos de aceptabilidad (*vid.* pp. 286 y ss.). Sobre la utilización de la idea de la razonabilidad en el Derecho, *vid.* WROBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de A. Azurza, Civitas, Madrid, 1985, pp. 58 y ss. *Vid.* también, desde un punto de vista que va más allá de lo jurídico, RAWLS, J., *El liberalismo político*, trad. de A. Domènech, Crítica, Barcelona 1996, pp. 266 y ss.

posiciones tratan de justificar la utilización de enunciados probables, no ya mediante un proceso inductivo, sino desde el examen de su carácter razonable¹⁴².

A pesar de que bajo la esfera de la razonabilidad podría ser incluida prácticamente la totalidad de los criterios de justificación que examinaremos, su descripción formal será realizada a través de la llamada reducción al absurdo. En efecto, aunque su significado no tenga por qué agotar el de la razonabilidad, podemos pensar en su funcionamiento como criterio de justificación de enunciados normativos probables¹⁴³. Así en el ejemplo visto, consistiría en defender el enunciado normativo afirmando que otra conclusión es absurda.

Es decir, si tenemos en cuenta el ejemplo de la droga:

– Se afirma: “Si aprehensión en un autobús donde viaja la acusada de una cantidad notoria de hachís (12.300 gramos) guardada en unas cajas de zapatos que se corresponden, sin ningún género de dudas, con los que calzan madre (acusada) e hijo, identifica-

¹⁴² Aquí probabilidad no significa estimación estadística sino, como ha señalado A. AARNIO, credibilidad, “que se encuentra en un nivel más modesto de certeza y que no puede ser reconducido a cantidades numéricas”. AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, cit., p. 219. Si bien, no está claro que realmente, lo considerado como razonable no sea susceptible de un cálculo real de probabilidad.

¹⁴³ Se trata de un criterio que posee una cierta forma lógica y que ha sido, en ese sentido, relacionado con el llamado *modus tollens*. En efecto, se ha descrito como sigue (*vid.* WESTON, A., *Las claves de la argumentación*, cit., p. 90):

Para probar: p

Se asume: No p (esto es, que p es falso)

De esa aserción se deduce una implicación q

Se muestra: q es falso (contradictorio, estúpido, absurdo)

Se concluye: p

Con lo que en definitiva se estaría afirmando:

No p \rightarrow q

No q

p

Sobre el argumento de reducción al absurdo *vid.* ATIENZA, M., *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 106.

ción plena de marca, modelo y número, y la acusada niega en todo momento que las cajas son suyas, pero sin embargo se procura borrar los vestigios de tal identidad, aprovechando momentos en los que está sola para hacer desaparecer las pegatinas de sus zapatos; entonces, la acusada introdujo el hachís en una cantidad de 12.300 gramos en dichas cajas con destino (con intención) a su transmisión entre terceras personas”.

– Se afirma: “Si aprehensión en un autobús donde viaja la acusada de una cantidad notoria de hachís (12.300 gramos) guardada en unas cajas de zapatos que se corresponden, sin ningún género de dudas, con los que calzan madre (acusada) e hijo, identificación plena de marca, modelo y número, y la acusada niega en todo momento que las cajas son suyas, pero sin embargo se procura borrar los vestigios de tal identidad, aprovechando momentos en los que está sola para hacer desaparecer las pegatinas de sus zapatos; entonces, la acusada no tiene que ver con la droga ni tiene por tanto intención de transmitirla a terceras personas”.

– Se afirma que el enunciado anterior implica que la coincidencia de la marca, modelo y número es una casualidad y que el intento de hacer desaparecer las pegatinas se hace por miedo a que se le acuse.

– Se afirma que lo anterior es absurdo.

– Se confirma el enunciado primero.

Lo relevante de este tipo de criterio de justificación tiene que ver con las razones que pueden apoyar la consideración de las opciones del paso tercero como absurdas. Y ello deberá estar apoyado en razones que puedan ser expresadas en forma de regla (cosa que en el ejemplo puede plantear dudas).

Como veremos, el criterio de la razonabilidad será el más utilizado en la reconstrucción de los argumentos respaldado. Se trata de una justificación que ha alcanzado relevancia teórica y que ha encontrado plasmación explícita, no sé si consciente o inconsciente, en numerosos pronunciamientos judiciales¹⁴⁴. En

¹⁴⁴ *Vid.* por ejemplo como muestra las Sentencias del Tribunal Constitucional 166/85 de 9 de diciembre, fj. 5º; 181/87 de 13 de noviembre, fj. 1º, y 190/92 de 16 de noviembre, fj. 5º.

cualquier caso, y dado que, como se ha venido repitiendo, son numerosos los supuestos en los que el argumento respaldado no está explícito en la sentencia, utilizaré este criterio en todos aquellos casos en los que no se manifieste otro criterio, independientemente de que el argumento principal sea probable o no¹⁴⁵.

Menos conocida, y seguramente mucho más polémica, es la proyección que se centra en el cálculo de probabilidades¹⁴⁶. A través de ella, se buscaría apoyar el enunciado mediante la medición de su probabilidad (que puede ser objeto de gradación y hacerse compatible con valores y principios del contexto jurídico como el de la presunción de inocencia)¹⁴⁷. Se trata

¹⁴⁵ En este sentido, además de cuando no se manifiesta otro criterio, el de reducción al absurdo será utilizado cuando se haga referencia expresa a lo absurdo, lo imposible, lo no verificable, etc..., de otra conclusión. Sobre los distintos significados del argumento de reducción al absurdo en el ámbito de la justicia constitucional *vid.* EZQUIAGA GANUZAS, F. J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, pp. 244 y ss.

¹⁴⁶ Tal vez la obra que de alguna manera se ha centrado en este tipo de problemática con carácter general sea la de COHEN, L. J., *The Probable and The Provable*, cit. *Vid.* también del mismo autor "The Logic of Proof", en *Criminal Law Review*, 1980 (recogida en A. AARNIO y N. MACCORMICK, *Legal Reasoning*, vol. II, cit., pp. 473 y ss. Sobre el escaso eco de este tipo de análisis en el ámbito judicial *vid.* WILLIAM, G., *The Mathematics of Proof. I y II.*, cit., p. 471. Sobre esta problemática *vid.* también CALVO GONZÁLEZ, J., *El discurso de los hechos*, cit., pp. 82 y 83; SHAVIRO, D., "Statistical-probability evidence and the appearance of justice", en *Harvard Law Review*, vol. 103, n° 2, 1989, pp. 530 y ss.

¹⁴⁷ La conexión entre este tipo de acercamiento y las teorías que hemos llamado de razonabilidad, se produce, como ya se adelantó, a través del examen de la llamada probabilidad subjetiva o también, a través de lo que L. J. COHEN denomina como probabilidad inductiva. La relación entre razonabilidad y probabilidad subjetiva es manifiesta y significativa por ejemplo si atendemos a la idea de coherencia que se maneja en ella y se compara con la importancia y significado que esa misma idea tiene en las teorías que englobo bajo el nombre de razonabilidad. *Vid.* por ejemplo, LINDLEY, D. V., *Principios de la Teoría de la decisión*, cit., pp. 32 y ss.; y MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 89-92 y pp. 106 y ss. Los artífices de la probabilidad subjetiva son B. de FINETTI y SAVAGE. Sobre la probabilidad subjetiva *vid.* HADLEY, D. V., *Probabilidad y estadística. Una introducción a la teoría de la*

de un procedimiento cuestionado¹⁴⁸, que se utiliza en diferentes ámbitos del conocimiento y de la decisión¹⁴⁹, pero que presenta aspectos polémicos en cuanto a su utilización en el contexto jurídico¹⁵⁰. No obstante, ha sido objeto de plasmación

decisión, cit., pp. 22 y ss. y 76 y ss.; BUNGE, M., *La investigación científica*, cit., p. 464. También, aunque fuera del ámbito de la estadística bayesiana que es a donde se reconduce este tipo de análisis, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 149. Por otro lado, uno de los casos paradigmáticos de utilización de cálculo de probabilidades en la jurisprudencia norteamericana (el caso *People vs Collins*, al que más adelante me referiré), es también significativo de esta proximidad, al referirse apoyándose en dicho cálculo a la “razonable culpabilidad”. Por lo que se refiere a la probabilidad inductiva de L.J. COHEN (relacionada, en cierto sentido, con la probabilidad subjetiva), se trata de una teoría que se sitúa frente a la probabilidad matemática y a la probabilidad estadística, y se caracteriza por la atención a variables difícilmente utilizables en estos análisis. Vid. COHEN, L. J., *The Probable and the Provable*, cit. pp. 39 y 40. Lo relevante, para este autor, es la solidez de la regla que se obtiene a través del proceso inductivo. Esta solidez deriva de un procedimiento caracterizado por la eliminación de hipótesis contradictorias a la regla y que se obtienen atendiendo a las variables relevantes del supuesto. Se trata, de alguna manera, de un procedimiento semejante al papel de las llamadas por Sthp. TOULMIN, condiciones de refutación. Vid. COHEN, L. J., *The Probable and the Provable*, cit., pp. 122 y ss. Vid. asimismo la polémica que mantiene este autor con G. WILLIAMS, *The Criminal Law Review*, y que es recogida en A. AARNIO y N. MACCORMICK, *Legal Reasoning*, vol. II, cit. pp. 446 y ss. También dentro de este volumen vid. el trabajo de EGGLESTON, R., “The Probability Debate”, pp. 487 y ss. (que hace referencia a la polémica y que fue también publicado en *The Criminal Law Review*, 1980).

¹⁴⁸ Normalmente las críticas dirigidas a estos procedimientos van dirigidos más bien hacia la consideración de sus resultados como ciertos y hacia la determinación de las diferentes variables y cálculos posibles. Vid. BLACK, M., *Probabilidad*, cit., pp. 125 y ss.

¹⁴⁹ Vid., por ejemplo, LINDLEY, D. V., *Principios de la Teoría de la decisión*, cit., especialmente pp. 25 y ss.

¹⁵⁰ Vid. por ejemplo la crítica de TARUFFO, M., en *Studi sulla rilevanza delle prove*, cit., pp. 221 y ss. (dirigidos al uso de la probabilidad frecuentista). Sobre los problemas que pueden producirse en el contexto jurídico derivados de la utilización por parte del juez de la probabilidad estadística vid. COHEN, L. J., *The Probable and the Provable*, cit., pp. 44 y ss.; PECZENICK, A., *On Law and Reason*, cit., p. 26; TRIBE, “Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process”, en *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, pp. 1347 y ss. Vid.

en pronunciamientos judiciales, preferentemente en el contexto judicial norteamericano¹⁵¹.

también ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, pp. 553 y ss.; CRANOR, C. / NUTTING, K., "Scientific and Legal Standards of Statistical Evidence in Toxic Tort and Discrimination Suits", en *Law and Philosophy*, vol. 9, n° 2, 1990, pp. 115 y ss.

¹⁵¹ Es célebre al respecto el caso *People vs Collins* de la Corte Suprema de California, recogido en *California Reporter*, 1966, vol. 66, pp. 497 y ss. Vid. sobre este caso: ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, cit., p. 543; FINKELSTEIN, M. O. / FAIRLEY, W. B., "A Bayesian Approach to Identification Evidence", en *Harvard Law Review*, vol. 83, n° 3, 1970, pp. 489 y ss.; MARCHEIS, Ch. B., *Probabilità e Prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, cit., p. 1150. Se trata del caso de una anciana asaltada por la calle por unos desconocidos, de los cuales sólo existen dos testimonios: el de la anciana que dice haber visto a una joven rubia huir y el de un testigo que dice haber visto a una joven blanca con los cabellos rubios y coleta huir en un coche amarillo conducido por un joven negro con barba y gafas. Poco después la policía detuvo a una pareja que respondía a esa descripción. Así, en el proceso, la acusación llamó a un experto en estadística para que, asumiendo que el hecho había sido cometido por una joven blanca con cabellos rubios y coleta y que había huido en un coche amarillo conducido por un joven negro con barba y gafas, examinara la probabilidad real de los detenidos fueran los autores del hecho. Así se individualizaron seis características relevantes (coche amarillo, hombre con gafas, mujer con coleta, mujer con cabellos rubios, hombre negro con barba, pareja de hombre negro y mujer blanca en un coche) y los valores de la probabilidad de cada característica se multiplicaron. Así se llegó al resultado de que una de cada doce millones de parejas tenían esas características, concluyendo en que existía una posibilidad sobre doce millones de que los detenidos, que tenían todas las características, fueran inocentes. La Corte de Los Ángeles condenó basándose en ese estudio. Pero la Corte Suprema reformó la decisión, basándose principalmente en los dos siguientes motivos.

En primer lugar, afirmando que no había prueba que confirmara cada una de las probabilidades individuales ni que los seis factores fueran estadísticamente independientes. En efecto, la Corte de Los Ángeles, aplicó una regla del cálculo de probabilidades referida a sucesos independientes. En este ámbito se afirma que dos sucesos son independientes cuando la ocurrencia de uno de ellos no altera la probabilidad del otro. Así, la regla dice: la probabilidad de que ocurran simultáneamente dos sucesos independientes es igual al producto de la probabilidad de dichos sucesos. El problema, obviamente, radica en la determinación de cuándo los sucesos son independientes, ya que si no lo son, varía la regla de probabilidad a emplear.

En el supuesto analizado este criterio de justificación examinaría la probabilidad existente de que, dados los hechos, se llegase a la conclusión expuesta en el enunciado.

En cualquier caso, y aun siendo conscientes de las diferentes críticas que pueden ser vertidas hacia su utilización, no debe ser pasado por alto que se trata de procesos que vienen a apoyar en mayor medida una regla probable en el contexto jurídico, por lo que su utilización sirve para mejorar y afianzar la argumentación presente en el mismo. En este sentido, el acercamiento a las teorías de la probabilidad como método de afianzamiento de las reglas probables que se utilizan en el contexto jurídico, puede servir para dar una cierta luz y examinar la decisión que se apoya única y exclusivamente en el libre convencimiento del juez (que no para sustituirlo)¹⁵².

Junto a estos criterios de justificación, también podría ser aludido el de autoridad, consistente en justificar el origen del enunciado en la opinión de un experto o de un perito. Es decir, en el ejemplo visto consistiría en justificar el enunciado probable afir-

En segundo lugar, afirmando que ese tipo de análisis había apartado al tribunal de su verdadera función de valorar la prueba, existiendo la posibilidad de que hubiera alguna pareja con esas características en Los Ángeles o incluso que los testimonios fueran falsos.

Ahora bien, es importante darse cuenta de que ninguna de estas razones invalidan el apoyo en este tipo de estudios, no tanto como forma de decisión automática sino más bien como un instrumento más de la valoración.

¹⁵² Vid. en este sentido PIRAS, A., "Le massime d'esperienza e la motivazione insufficiente", cit., p. 110. También DEL RE, M. C., "Probabilità: L'uso giuridico", cit., pp. 372 y 373; FINKELSTEIN, M. O. / FAIRLEY, W. B., "A Bayesian Approach to Identification Evidence", cit., pp. 498 y ss. Ciertamente podemos pensar que se trata de métodos compatibles con el principio del libre convencimiento y que suministran información al juez en su decisión. En cualquier caso, es posible pensar que este principio responde al método de la probabilidad subjetiva, tomando como referencia al Juez. Sin embargo, tal vez sería más correcto proceder a otras formas de acercar la probabilidad subjetiva al Derecho, cercanas al cálculo de probabilidades y que no tuvieran como referencia a cada juez individual. Evidentemente, su análisis excede de los objetivos marcados en este estudio. Vid. al respecto Sobre FERNÁNDEZ, J. / PRIETO EDERRA, A., *Psicología y Ley*, Eudema, Madrid, 1994, pp. 40 y ss., donde se exponen algunos de estos intentos.

mando que se trata de la consideración de un experto en comportamientos de traficantes de droga.

El criterio de autoridad consiste, por tanto, en justificar el enunciado normativo no consolidado afirmando básicamente que se trata de un enunciado producido por un sujeto o un órgano dotado de la consideración de autoridad. En este sentido pueden ser incluidos dentro de él la apelación a enunciados normativos producto de la doctrina o incluso pertenecientes a otros sistemas jurídicos. También podría incluirse la apelación a enunciados normativos producto de decisiones judiciales. No obstante, en relación con éstos cabrían dos posibilidades más. Una es la de considerar los enunciados como consolidados (lo que implica defender que los jueces son centros de producción normativa) y, por lo tanto, exponer los respaldos concluyendo con normas dependientes; la otra consiste en utilizar un argumento inductivo cuando el enunciado ha sido utilizado de forma reiterada.

Es posible agrupar los criterios de justificación vistos utilizando diferentes criterios. Así, si nos centramos en la figura de quien decide, sería posible referirse a dos tipos de criterios. Por un lado estarían aquellos que hacen referencia al propio juez y por otro aquellos que se refieren a una autoridad externa. Entre los primeros estarían tanto la inducción como la razonabilidad; entre los segundos habría que incluir a la autoridad en sentido estricto (el enunciado vale sólo porque proviene de una autoridad) y a las inducción y la probabilidad (como mecanismos en los que se basa la autoridad, por ejemplo, un perito). Si tomamos como referencia la fuerza de los criterios, sería posible diferenciar entre criterios relativamente subjetivos (razonabilidad y autoridad) y criterios relativamente objetivos (inducción y probabilidad).

En todo caso, los criterios inductivo, de reducción al absurdo, de cálculo de probabilidades y de autoridad, pueden ser utilizados cuando se trata de justificar enunciados normativos no consolidados ya sean estos considerados como ciertos o como probables.

Los criterios de justificación hacen que los enunciados normativos no consolidados se acerquen a la dimensión de la

aceptabilidad, que es una de las notas que, desde un punto de vista amplio, afecta a la validez normativo-jurídica¹⁵³.

2.2.3. Los criterios de interpretación en el respaldo

He venido destacando el papel de la interpretación en los argumentos respaldo y, en definitiva, en la concepción de los enunciados normativos y de las normas. Es importante advertir cómo el momento de la interpretación difícilmente puede ser descrito en términos de lógica formal, por lo que sus conclusiones pueden ser enormemente polémicas.

La interpretación es una actividad fundamental en el Derecho, hasta el punto que cabe afirmar que es la principal tarea del operador jurídico. El papel que desempeña la interpretación en el Derecho es consecuencia además del carácter de sus enunciados y de la necesidad de que estos puedan adaptarse a distintas circunstancias contextuales e históricas. Esta necesidad aumenta según se trate de normas de alto rango jerárquico y, por ende, con un procedimiento de reforma más rígido¹⁵⁴.

A la hora de plantearnos un concepto de interpretación, nos encontramos con una primera dificultad y que se traduce en la problemática distinción entre aplicación, interpretación y creación.

Aunque es posible diferenciar la aplicación de las normas de su interpretación, desde nuestra concepción de lo normativo estos momentos están estrechamente conectados. La interpretación en el Derecho, cuando es llevada a cabo por determinados operadores jurídicos, posee una función normativa y no meramente cognoscitiva¹⁵⁵. Este papel crucial ha sido señalado reiteradamente

¹⁵³ Sobre esta dimensión de la aceptabilidad *vid.* AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, cit., pp. 83 y ss. y 232. También, *Jueces y normas*, cit., pp. 32 y ss., y 286 y ss.

¹⁵⁴ No es de extrañar así el rechazo del Tribunal Constitucional de las normas que tienden a precisar un único sentido de un precepto o concepto constitucional. *Vid.* por ejemplo la Sentencia 250/ 88 de 22 de diciembre, fj. 2º.

¹⁵⁵ *Vid.* en este sentido BETTI, E., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. de J. L. De los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, pp. 96 y ss.

por la jurisprudencia, afirmando por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo español de 5 de noviembre de 1990 (RA 8641), que "...la aplicación de las normas, que corresponde a los tribunales requiere su previa interpretación". Y ya antes, en su Sentencia de 12 de junio de 1972 (RA 3170) afirmó: "para resolver cualquier caso concreto es obligatorio interpretar la normativa aplicable al mismo, pues resulta casi insoslayable que para aplicar cualquier precepto legal a un caso práctico, se precisa una tarea encaminada a indagar el sentido y alcance del precepto, porque incluso cuando se invoca el principio, *in claris non fit interpretatio* es porque previamente la interpretación del caso ha conducido al convencimiento de que es clara, sencilla y sin ambigüedades; sí pues, aplicación del Derecho e interpretación del mismo, pueden considerarse dos actividades íntimamente entrelazadas y conexas, inseparables por tanto"¹⁵⁶.

A estos dos términos, puede unírseles el de creación. En este sentido, hay quienes diferencian de forma tajante entre creación, aplicación e interpretación. Prácticamente la totalidad de los estudios sobre la interpretación, coinciden en que se trata de una operación creativa¹⁵⁷. El problema radica en

¹⁵⁶ Prácticamente la totalidad de los estudios sobre la interpretación tienden a recalcar que la claridad de las normas es algo que viene después de la interpretación y no antes: "Cada 'aplicación' de la ley es ya interpretación, pues ya el decidir que el tenor literal de un texto es tan inequívoco que hace supérflua toda interpretación (doctrina del 'sentido claro'), descansa sobre una interpretación". ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. de E. Valentí Fiol, Bosch, Barcelona, 1961, p. 323. También BETTI, E., *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 100. Recientemente ZACCARIA, G., *L'arte dell'interpretazione*, CEDAM, Padova, 1990, p. 200. También VILLAR PALASÍ, J. L., *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Tecnos, Madrid, 1975, p. 92; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas en la Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 10, 1984, p. 35.

¹⁵⁷ Vid. por ejemplo ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, cit., p. 330; LUMIA, G., "In tema di interpretazione e di applicazione del Diritto", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*,

delimitar lo que se entiende por creación y su alcance¹⁵⁸. Más adelante me referiré a esta cuestión.

La interpretación jurídica posee algunas relevancias específicas que condicionan su valor¹⁵⁹. Entre ellas destacaremos las que se refieren al lenguaje jurídico, a su carácter, al marco en el que esta debe desenvolverse y a su aspecto valorativo.

El lenguaje jurídico no es sólo un tipo de lenguaje especializado sino que además, se caracteriza por la utilización de términos ambiguos, vagos y emotivos que requieren en muchos casos de interpretación¹⁶⁰. Desde esta dimensión, en la interpretación jurídica pueden plantearse de forma general tres tipos de problemas: sintácticos, lógicos y semánticos¹⁶¹.

1966, p. 309; BETTI, E., *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., pp. 98 y 136 y ss.; RECASÉNS, L., *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Porrúa, México, 1980, p. 189; WROBLEWSKY, J., *Constitución y Teoría General de la interpretación jurídica*, cit., pp. 81 y ss. DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 74; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", cit., pp. 36 y ss.

¹⁵⁸ Así por ejemplo, Federico DE CASTRO escribió: "Es cierto que el juez al aplicar cada ley ha de entenderla, concretando su sentido, en vista también de cada caso. Mas su actuación entonces no es distinta a la propia de su función de intérprete. Cualquier intérprete (músico, traductor, pintor de un retrato, arquitecto), habrá de crear algo nuevo, lo interpretado, más habrá de hacerlo conforme a la pauta, al modelo, al plano dado". "Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley", en *Anuario de Derecho civil*, n° 1, vol. XXX, 1977, pp. 815 y 816, n° 16.

¹⁵⁹ Junto a ellas hay otras que condicionan cualquier interpretación. Así por ejemplo, hay que ser conscientes de que toda interpretación está condicionada por los elementos cognoscitivos que se posean en torno a la realidad interpretada así como por el interés que subyace a la misma.

¹⁶⁰ Vid. KNAPP, V., "Some problems of legal language", en *Ratio Juris*, vol. 4, n° 1, 1991. Vid. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1990, fj. 2°, RA, 9721.

¹⁶¹ Vid. ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G. R. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974, pp. 119 y ss. También TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 117 y ss.

Los problemas sintácticos se refieren a la conexión de las palabras en la estructura del enunciado normativo. Los problemas lógicos, se refieren a las relaciones de una expresión con otras expresiones dentro de un mismo contexto. Entre estos problemas destacan la existencia de inconsistencias o antinomias, redundancias y presuposiciones. Por último, los problemas semánticos derivan del significado de las palabras o de los enunciados. En general, estos problemas se reconducen al de la contradicción entre normas, es decir, al de la existencia de las denominadas antinomias jurídicas.

Ross distinguió entre antinomias propias e impropias. Las primeras son aquellas en las que entre dos normas se produce una contradicción en su carácter y, por tanto, son antinomias en sentido jurídico estricto. Las segundas, por su parte, se producen entre normas que presentan algún tipo de contradicción pero no necesariamente en lo referente a su carácter. Dentro de las antinomias propias cabe a su vez hablar de antinomias de primer grado, que son total-total, parcial-parcial y total-parcial, y de antinomias de segundo grado, que son las que se producen entre los distintos criterios de solución de las antinomias de primer grado¹⁶². En efecto, básicamente estos problemas deben ser solucionados a través de la utilización de las reglas del lenguaje natural. Sin embargo, al ser el objeto de interpretación el lenguaje jurídico, en la solución de estos problemas se debe operar también atendiendo a otros criterios. Más adelante, tendremos ocasión de adentrarnos en su descripción. Sin embargo, si conviene ahora apuntar como, la posible existencia de contradicciones es un asunto mucho más complejo de lo que podría parecer, hasta el punto de que puede dar lugar a la existencia de paradojas. Es el caso, por ejemplo, de la denominada paradoja de la regulación recogida por BULYGIN¹⁶³.

¹⁶² Vid. ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, cit.

¹⁶³ Vid. BULYGIN, E., "Dogmática jurídica y sistematización del Derecho", en ALCHOURRÓN, C. / BULYGIN, E., *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 471.

Imaginemos un sistema compuesto por dos normas. La norma A dice: Juan debe trabajar todos los días de la semana de 10 a 18 horas. La norma B señala: Juan no debe tomar alcohol mientras trabaja. En un momento posterior se crea otra norma C, en la que puede leerse: Juan puede tomar alcohol los sábados entre las 10 y las 18 horas. Si nos fijamos en las tres normas podremos observar como C es compatible con A y con B, pero no lo es con su conjunción. En este sentido, la existencia de contradicciones entre normas en una visión del Derecho como sistema no puede reducirse al examen aislado de las normas, lo que hace mucho más compleja su solución y acrecienta la importancia de la interpretación y de la señalización de criterios para la producción de normas.

Una segunda nota específica de la interpretación jurídica va referida a su propio carácter. La interpretación posee un carácter problemático y dialéctico, tanto en el sentido de alternativas enfrentadas en pugna cuanto en el de conocimiento probable¹⁶⁴. Ante un problema jurídico, cada operador puede dar una interpretación a un texto enfrentada con la de los restantes, y la solución, si esto sucede en un proceso (judicial o simplemente comunicativo), sería aquella que cuente con mejores apoyos racionales o, también, aquella que decida quien tiene poder para ello (el juzgador o a quien se haya otorgado tal potestad, como ejercicio de su voluntad). Pero, en cualquier caso, esa solución interpretativa no puede decirse que sea la única o la verdadera (aunque en el Derecho llegue a adquirir ese papel).

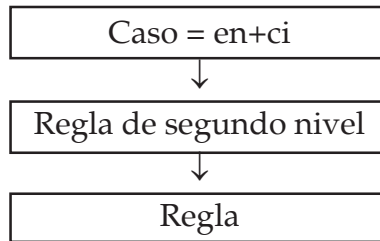
La tercera de las notas relevantes de la interpretación jurídica consiste en que en ella existen una serie de reglas y presunciones que no tiene por qué estar presentes en otros ámbitos. El marco interpretativo está delimitado, en el sentido de que no todas las opciones son posibles y que además, se deben respetar una serie de reglas. Ahora bien, hay que ser conscientes que la misma suje-

¹⁶⁴ Vid. ESSER, J., "La interpretación", trad. de M. Rodríguez Molinero, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. III, 1986, p. 66. También TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, cit., p. 32.

ción al Derecho y las normas que vinculan toda interpretación deben ser interpretadas también, por lo que los límites se hacen más escasos, y se proyectan en último término, otra vez, en la idea de la aceptabilidad de la comunidad jurídica. Es decir, serán válidos aquellos significados que sean aceptables para la comunidad. Esta regla vale para los casos más problemáticos, ya que los restantes funcionan con significados altamente consensuados en la cultura jurídica.

Otra de las notas específicas de la interpretación jurídica, guarda relación con la propia actividad interpretativa, en el sentido de que en ella se da entrada a la valoración. Es decir, a pesar de que puedan ser descritos criterios y mecanismos jurídicos interpretativos, a la hora de interpretar aparecen también las valoraciones del interprete, que tiene que elegir entre posibles significados, y está condicionado por el momento jurídico¹⁶⁵.

Aunque en realidad, todo elemento tenido en cuenta para dotar o rechazar significados de enunciados puede ser caracterizado como criterio interpretativo, en el Derecho existen una serie de criterios que sirven para justificar decisiones interpretativas. En este sentido, estos criterios sirven tanto justificar la atribución de significado a un enunciado normativo cuanto para rechazar posibles significados. Como sabemos es posible formalizar su adopción a través del esquema del respaldo de regla.



El aspecto más significativo de la formalización se produce con la adopción de la regla de segundo nivel que dice: “Si en + ci

¹⁶⁵ Vid. RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 148 y 149. Sobre los enunciados valorativos en el Derecho, en relación con la interpretación, vid. WROBLEWSKY, J., *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 24 y ss.

entonces regla”¹⁶⁶. Se parte de un enunciado normativo que, en virtud de un criterio de interpretación, significa la regla. Ciertamente es posible plantear situaciones en las que, además, sea posible llevar a cabo otras formalizaciones. Esto sucede cuando la interpretación se proyecta exclusivamente en el supuesto de hecho del enunciado o en su consecuencia¹⁶⁷. Así por ejemplo, si se parte de un enunciado normativo que dice “Si a entonces b”, pueden darse tramos de razonamiento en los que la utilización del criterio se proyecte sólo en el supuesto de hecho. En estos casos, la regla de segundo nivel nos vendría a decir: Si, “si a entonces b” + ci, entonces, “si d entonces b” (presumiendo una regla que viene a decir “si a + ci entonces d”, habiendo sido interpretada la consecuencia de forma literal). Idénticas reflexiones deberíamos hacer en relación con supuestos en los que la interpretación se proyectara en la consecuencia normativa del enunciado. Por otro lado, en ocasiones se utilizan varios criterios interpretativos de forma conjunta.

En cualquier caso, desde la concepción de los enunciados y de las normas expuesta anteriormente puede plantearse, en el contexto jurídico judicial, la existencia de dos criterios siempre presentes y que se identifican con el literal y el sistemático. El primero es requisito previo de cualquier interpretación; el segundo, de la interpretación jurídica. En efecto, no es posible plantearse la tarea de dar significado a un texto sin la atribución de significado a los elementos que lo forman, es decir, sin la utilización del criterio literal. Pero además, una de las notas que caracterizan la utilización de los diferentes criterios en el contexto jurídico judicial es la idea de sistema¹⁶⁸. Ahora bien, el papel de ambos criterios es distinto ya que, mientras que el sistemático

¹⁶⁶ Ciertamente, el tenor literal de la regla es peculiar. Sin embargo, conviene subrayar como se trata de una regla que permite la motivación de la decisión y que, cuanto más compleja sea en el sentido de asumir la mayor información posible, más fuerza tendrá.

¹⁶⁷ *Vid.* al respecto, AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, cit., pp. 108 y 109.

¹⁶⁸ *Vid.* *Jueces y normas*, cit., p. 209. También, PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, cit., p. 574.

sirve de límite a cualquier interpretación, el literal puede ser finalmente abandonado.

Si denominamos a estos criterios como básicos y al resto como accesorios, el catálogo de los últimos estará compuesto por: histórico, intencional o psicológico, de la realidad social, de reducción al absurdo, analógico, a contrario, de razón mayor y consecuencialista¹⁶⁹.

Desde esta distinción, podríamos diferenciar supuestos en los que sólo se utilizaran los criterios básicos y supuestos en los que además se utilizaran los accesorios. Así, una descripción de los respaldos nos llevaría a las siguientes variantes:

a) Se parte de uno o varios enunciados normativos y se utilizan exclusivamente los criterios básicos (literal y sistemático).

b) Se parte de uno o varios enunciados normativos y se utilizan, además de los criterios básicos, los accesorios. En esta variante pueden darse tres situaciones:

b.1.) Los criterios, tanto los básicos como los accesorios, se dirigen a todo el enunciado.

b.2.) Los criterios accesorios y básicos se dirigen hacia el supuesto de hecho normativo, siendo la consecuencia interpretada sólo por los criterios básicos.

b.3.) Los criterios accesorios y básicos se dirigen hacia la consecuencia normativa, siendo el supuesto de hecho interpretado sólo por los criterios básicos.

No obstante, para no complicar en exceso los esquemas, no haré referencia a los criterios básicos cuando operen junto a los accesorios y sólo serán aludidos cuando lo hagan de forma individual. Por otro lado, tampoco haré alusión a la diferente formalización según se proyecte la interpretación en el supuesto de hecho o en la consecuencia.

¹⁶⁹ Estos criterios funcionan en los respaldos presentes en todos los razonamientos.

Antes de comenzar con el análisis de estos criterios, conviene dejar claro desde el principio dos cuestiones. La primera hace referencia a su sentido normativo; la segunda a su jerarquía. En relación con lo primero, es importante advertir cómo algunos de los criterios interpretativos aparecen formulados de forma explícita en enunciados normativos, mientras que no ocurre lo mismo con otros. En relación con éstos, puede surgir la pregunta en torno a su carácter jurídico. Pues bien, entenderé estos criterios como parte de lo que en otros lugares he denominado como rasgos de lo jurídico, tanto en el sentido de ser elementos que hacen posible el funcionamiento del Derecho, como en el de elementos que favorecen la interdicción de la arbitrariedad jurídica. El hecho de su inclusión en enunciados normativos no añade pues nada, al igual que ocurre con otros requisitos de moral interna que sirven para entender el significado mínimo del Derecho en la actualidad. En relación con lo segundo, es importante destacar cómo, por regla general, no existe una jerarquización de criterios. Sin embargo, sí que podemos encontrarnos con ámbitos o subsistemas en donde en determinados enunciados normativos se establezca una jerarquización. Esto ocurre, por ejemplo, en la interpretación contractual, donde parece primar el criterio intencional sobre el literal. En este sentido, un requisito de validez argumentativa en ese subsistema pasaría por justificar, en los casos que así fuera preciso, el abandono del criterio principal. No obstante, este problema afecta más bien a la saturación.

Una vez hechas estas aclaraciones pasaré a exponer el funcionamiento de los diferentes criterios¹⁷⁰. Algunos de ellos pueden ser integrados sin dificultad en el esquema del respaldo propuesto, mientras que otros necesitan de algún tipo de aclaración.

Entre los criterios de fácil descripción se encuentran el literal o gramatical, el histórico y el intencional o psicológico. El criterio literal exige interpretar enunciados normativos atendiendo al sentido propio de las palabras. Dado que se trata de un criterio bási-

¹⁷⁰ En su descripción estoy en deuda con M^a Carmen BARRANCO AVILÉS, quien me ha hecho observaciones muy pertinentes sobre esta temática.

co, puede aparecer de forma exclusiva (junto con el sistemático) como justificación del significado. Por su parte, el criterio histórico exige interpretar enunciados teniendo en cuenta sus antecedentes históricos. El criterio intencional o psicológico exige interpretar enunciados normativos atendiendo a su espíritu y finalidad y apoyándose para ello en la supuesta voluntad de su autor¹⁷¹. En los tres casos la operación puede ser descrita sin dificultad. Dado un determinado enunciado normativo, atendiendo a un criterio de interpretación se concluye con una regla.

Por su parte, el criterio sistemático exige interpretar enunciados normativos en conformidad con el subsistema en el que éstos se hayan insertos y, en definitiva, con el sistema jurídico en general. Dado que se trata de un criterio básico pueden darse situaciones en las que se utilice de forma exclusiva (junto con el literal). En estos casos el criterio sistemático puede bien dirigirse a atribuir significado a un enunciado normativo o a extraer el significado conjunto de varios enunciados¹⁷². En cualquier caso, es posible describir como sistemáticos otros criterios¹⁷³, como el

¹⁷¹ Aunque suele hablarse también de la finalidad y espíritu del enunciado independientemente de su autor entiendo que esta variante es claramente sistemática.

¹⁷² En ambos casos la descripción de la utilización del criterio puede hacerse sin dificultad a través del esquema. En el primer caso, la regla diría: "Si en + criterio de interpretación sistemático entonces regla"; en el segundo "Si en1 y en2 + criterio de interpretación sistemático entonces regla". Ciertamente un análisis más detallado del supuesto permitiría establecer y determinar los elementos del sistema que han sido tenidos en cuenta y formalizarlos.

¹⁷³ No tendré en cuenta al criterio de autoridad como criterio de interpretación, ya que sólo cobra sentido cuando se trata de autoridades del sistema. Y estas son los enunciados normativos o los sujetos con competencia para ello que en definitiva emiten estos enunciados. Es decir, acudir al criterio de autoridad sería por ejemplo, afirmar que existe un enunciado normativo que dice, "Si a entonces b" y que ha sido interpretado por la doctrina como "si a entonces c". Pero ojo, al no ser la doctrina competente más bien hay que tratarlo como criterio de justificación. Sólo cuando es competente se utiliza como verdadero criterio pero entonces estamos en presencia de otro enunciado normativo diferente del que se quiere interpretar y que ha sido interpretado de determinada manera por un centro competente.

llamado a partir de principios, cuya única singularidad es la de dotar de sentido a un enunciado normativo a través de la utilización de enunciados normativos que no expresan reglas del tipo “Si a entonces b”, sino formulaciones más generales¹⁷⁴. Igualmente criterios como el de la plenitud, el de la conservación o el de la no-redundancia podrían ser descritos también dentro del sistemático¹⁷⁵.

El llamado criterio consecuencialista exige dotar de significado a un enunciado normativo prestando atención a las consecuencias de dicho significado¹⁷⁶. En este sentido, el criterio opera junto a otros que sirven para establecer qué consecuencias son las adecuadas. En una visión de los criterios como la esbozada aquí, debemos ser conscientes de que, en definitiva, el sistema funciona como criterio orientador y límite de la valoración de las consecuencias¹⁷⁷. Incluso el criterio sistemático considerado como criterio básico posee una perspectiva consecuencialista.

¹⁷⁴ Sobre la distinción entre principios y reglas *vid.* PRIETO, L., *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 61 y ss.; ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 81 y ss.; PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 418 y ss.; ATIENZA, M. / RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 1 y ss.

¹⁷⁵ Así por ejemplo, este último vendría a operar así: Se tiene un enunciado normativo que se quiere interpretar, para ello se adopta una perspectiva sistemática existiendo un enunciado normativo que interpretado, por ejemplo, literalmente establece un límite al significado posible que se le de al primero, en el sentido de afirmar que no puede ser redundante. Es decir, imaginemos el enunciado, “si a entonces b”. Imaginemos que existe otro enunciado, “Si a entonces c”, que interpretado literalmente dice, “si a entonces c”. Pues bien el criterio de no-redundancia lo que impediría es que la interpretación del enunciado “si a entonces b”, concluyera con “si a entonces c”.

¹⁷⁶ Así, si por ejemplo se trata de dotar de significado al enunciado “Si a entonces b”, puede llegarse a la conclusión “Si a entonces c”, afirmando que “c” es la consecuencia más beneficiosa.

¹⁷⁷ En relación con este criterio es importante ser conscientes de la perspectiva en la que estamos desarrollando este trabajo. En este sentido, existe por ejemplo una importante línea doctrinal que además de destacar la importancia de este criterio en el ámbito jurídico señala como por ejemplo, la

Esta relación entre el criterio sistemático y el consecuencialista está presente en la utilización del llamado criterio de la proporcionalidad. Este criterio, muy utilizado en el ámbito de la interpretación constitucional y más concretamente en el de los derechos fundamentales, implica la realización de tres grandes pasos: (i) el de la idoneidad (la interpretación debe ser adecuada en relación con un fin constitucionalmente legítimo); (ii) el de la necesidad (la interpretación debe ser la más benigna para el derecho); (iii) el de la ponderación (las ventajas de la interpretación idónea y necesaria deben ser superiores a los sacrificios, tanto para los titulares de los derechos como para la ciudadanía en general, en el marco de los valores constitucionales)¹⁷⁸.

Por otro lado, el criterio sistemático está también presente en el criterio de la realidad social, por el que se exige interpretar enunciados atendiendo a las circunstancias sociales y económicas del momento.

El criterio de reducción al absurdo, que como vimos desempeña un papel importante como criterio de justificación, exige dotar de significado a un enunciado afirmando que otro significado produciría consecuencias absurdas. Por lo tanto, está estrechamente relacionado en el ámbito de la interpretación con el consecuencialista y, en definitiva, con el sistemático¹⁷⁹. Como cri-

interpretación constitucional utiliza básicamente criterios consecuencialistas. En este sentido se afirma que, por ejemplo, a la hora de resolver cuestiones constitucionales se tienen en cuenta circunstancias políticas, económicas o sociales con las que valorar las consecuencias del resultado de la interpretación y que va más allá del sistema jurídico. Pues bien, aunque esto pueda ser así, hay que ser conscientes también de que el principio de legalidad unido a la exigencia de motivación no arbitraria exigen que la exposición de la justificación de la decisión, independiente de que de hecho se haya o no tomado así, tenga como referencia el sistema jurídico.

¹⁷⁸ Vid. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

¹⁷⁹ Así si se trata de interpretar el enunciado "Si a entonces b", el funcionamiento de este criterio supondría por ejemplo concluir con la regla "Si a entonces c", afirmando que otro significado sería absurdo. Ciertamente, lo importante es la determinación sobre lo que es absurdo. Para ello, normalmente se hará alusión a otro enunciado que interpretado a través de cierto criterio permite

terio interpretativo desempeña un papel importante en el rechazo de opciones interpretativas.

El criterio de la analogía exige interpretar enunciados normativos acudiendo a otro u otros enunciados que se refieren a supuestos semejantes entre los que existe identidad de razón¹⁸⁰.

El criterio de interpretación a contrario exige interpretar un enunciado normativo de forma literal y concluir que las restantes hipótesis poseen consecuencias distintas. Básicamente este criterio implica la afirmación de que entre dichas hipótesis no hay identidad de razón¹⁸¹.

valorar las consecuencias absurdas. Sería el caso por ejemplo de la existencia de un enunciado normativo que diría “Si a entonces d”, que interpretado literalmente significase “si a entonces d”, y a partir del cual se entendiera que “c” son las consecuencias más favorables a “d” o también que interpretar “b” como “d”, haría redundante el enunciado primero, etc. ...

¹⁸⁰ Existen distintas formas de proceder en virtud de este criterio. Una primera consistiría en respaldar la regla “Si a entonces b”, mediante el enunciado normativo “Si c entonces b”, afirmando que se ha llevado a cabo una interpretación analógica del mismo apreciándose semejanza e identidad de razón entre “a” y “c”. También, en el caso de ser la regla “Si a entonces b y d”, utilizando bien los enunciados “Si c entonces b” y “Si e entonces d”, bien los enunciados “Si c entonces b” y “Si e entonces d y f” (afirmando que se lleva a cabo una interpretación analógica de los mismos destacando la semejanza e identidad de razón de “c” y “e” con “a”). En el último supuesto, el criterio funcionaría con otro que permitiría el abandono de “f”. Por otro lado, se ha entendido también como interpretación analógica el respaldo de la regla “Si a entonces b y c”, acudiendo a enunciados normativos con idéntico supuesto de hecho como por ejemplo “Si a entonces b” y “Si a entonces c” (o también “Si a entonces b” y “Si a entonces c y d”), siendo estos casos más bien producto de un interpretación sistemática.

¹⁸¹ Así, consistiría en respaldar la regla “Si no a entonces algo distinto a b”, acudiendo a un enunciado normativo que dijera “Si a entonces b”, afirmando que una interpretación a contrario de este concluye con “Si no a entonces algo distinto a b”. Ciertamente, este criterio, si nos movieramos en el ámbito de la lógica formal, parece incurrir en la llamada falacia de la negación del antecedente. En efecto parece que se está afirmando:

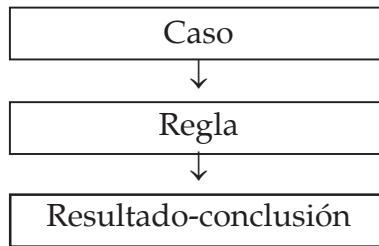
$p \rightarrow q$
No p

No q

El criterio de razón mayor exige interpretar un enunciado normativo atribuyendo su consecuencia a aquellos supuestos que son susceptibles de integrar en mayor medida en los motivos que lo inspiran. Por tanto, parece presumir la utilización de otros criterios¹⁸².

Citaré a continuación, brevemente, algunos ejemplos de argumentación judicial, que pueden servirnos para ilustrar la utilización de los criterios de interpretación en el ámbito de los respaldos. Comenzaré haciendo referencia a respaldos no consolidados, para con posterioridad hacerlo respecto a respaldos consolidados y a tramos que hacen referencia a los dos tipos de respaldo.

El primer ejemplo es tomado de la sentencia de 23 de enero de 1993 de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 2ª). En ella podemos encontrar, dentro de los razonamientos fácticos el siguiente argumento principal.



Ahora bien, podemos pensar que la utilización de este criterio se produce sólo en supuestos de enunciados susceptibles de ser descritos con el bicondicional y que en este sentido es posible construir el ejemplo mediante la regla “ $q \leftrightarrow p$ ”. Por otro lado, podríamos pensar que el criterio funciona, como el resto, independientemente de su aceptación por la lógica formal o que alcanza resultados probables que se modifican en el contexto jurídico. Sobre los problemas de este argumento puede consultarse CASTÁN, J., *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Reus, Madrid, 1947, p. 255.

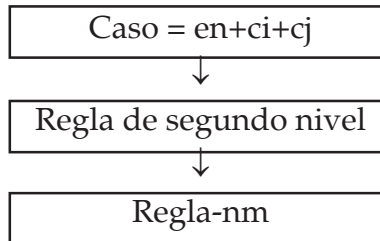
¹⁸² En cualquier caso, se trataría por ejemplo de respaldar la regla “Si a entonces b”, a través de un enunciado normativo que dice “Si c entonces b”, afirmando que dado este enunciado con mayor razón debe entenderse “b” cuando se produzca “a”. Es decir, el criterio se apoya en el argumento *a fortiori*. Vid. sobre este CASTÁN, J., *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, cit., p. 262. También, AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, cit., p. 148.

Caso: La herida es de X características.

Regla: Si la herida es de X características, entonces la herida no se la pudo producir la propia víctima de forma voluntaria ni accidental.

Resultado-conclusión: La herida no se la pudo producir la propia víctima de forma voluntaria ni accidental.

Pues bien, pensemos que para respaldar esta regla se ha utilizado el dictamen de un especialista que dice: “Si la herida es de X características entonces la herida no se la pudo producir la propia víctima de forma voluntaria ni accidental”, que se interpreta literalmente y que funciona como enunciado normativo no consolidado. El respaldo, del tipo RNC, sería:



Caso: Existe un “en” no consolidado (dictamen de un especialista) que dice: “Si la herida es de X características entonces la herida no se la pudo producir la propia víctima de forma voluntaria ni accidental” + “cj” de autoridad + “ci” literal.

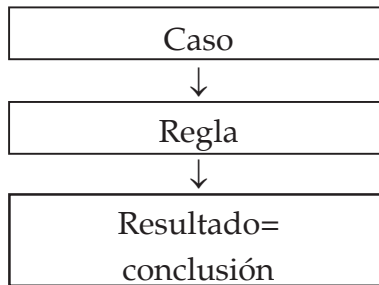
Regla de segundo nivel: Si, “en” + “ci” literal; entonces, “Si la herida es de X características entonces la herida no se la pudo producir la propia víctima de forma voluntaria ni accidental”.

regla-nm: Si la herida es de X características entonces la herida no se la pudo producir la propia víctima de forma voluntaria ni accidental¹⁸³.

¹⁸³ Ciertamente es posible plantear que el dictamen del especialista es un “en” consolidado, ya que este posee competencia para emitir este tipo de enunciados. En este caso no haría falta aludir al criterio de justificación, siendo el respaldo RC, y su conclusión una “nd”.

Como puede observarse, en este supuesto, el enunciado normativo coincide completamente con la regla, por lo que incluso cabría pensar que, a pesar de lo dicho sobre la necesidad de interpretar siempre los enunciados, cuando se trata de enunciados no consolidados, no es necesario aludir a dicho fenómeno. Bastaría así con hacer referencia al criterio de justificación que, en este caso, es de autoridad.

Veámoslo en otro ejemplo. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (sección 2ª) de 24 de junio de 1993 se lleva a cabo el siguiente tramo de razonamiento.

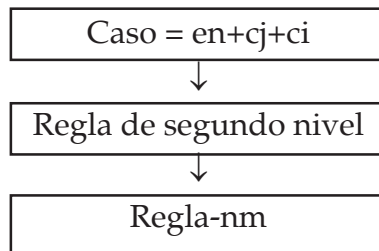


Caso: La sustancia introducida por la acusada es hachis por una cantidad de 12.300 gramos.

Regla: Si la sustancia introducida por la acusada es hachís por una cantidad de 12.300 gramos, entonces la cantidad de la sustancia introducida es de notoria importancia.

Resultado = conclusión: La cantidad de la sustancia introducida por la acusada es de notoria importancia.

El respaldo del argumento podría ser del tipo RNC:



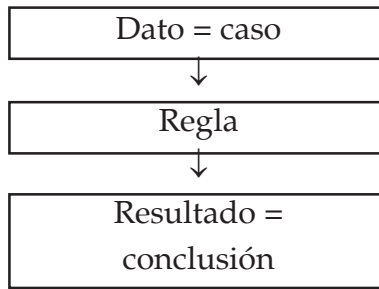
Caso: Existe un “en” no consolidado (conjunto de decisiones jurisprudenciales) que afirma: “Si una cantidad de hachís es superior a 1.000 gramos entonces es de notoria importancia + “cj” inductivo.

Regla de segundo nivel: Si, “en”; entonces, “Si la sustancia introducida por la acusada, es hachís por una cantidad de 12.300 gramos, entonces la cantidad de la sustancia es de notoria importancia”.

regla-nm: Si la sustancia introducida por la acusada, es hachís por una cantidad de 12.300 gramos, entonces la cantidad de la sustancia introducida es de notoria importancia.

Como puede comprobarse, bastaría en este caso con poner como respaldo el criterio de justificación.

En la sentencia de 17 de julio de 1995 de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 1ª), nos encontramos con un tramo de razonamiento que coincide con el razonamiento normativo estricto y que puede ser descrito a partir del siguiente argumento principal.



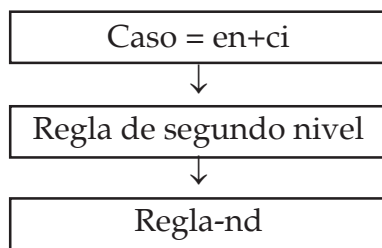
Dato = Caso: Existen dudas fundadas y racionales sobre el modo, forma y desarrollo de los hechos.

Regla: Si existen dudas fundadas y racionales sobre el modo, forma y desarrollo de los hechos, entonces procede su libre absolución.

Resultado = conclusión: Procede su libre absolución.

El respaldo de este argumento utiliza un enunciado normativo consolidado representado por el art. 24 de la Constitución entendido como: “Si existen dudas fundadas y racionales sobre el

modo, forma y desarrollo de los hechos, entonces éstas deben operar en beneficio del reo". Este artículo se interpretaría a través del criterio literal. El respaldo RC sería:

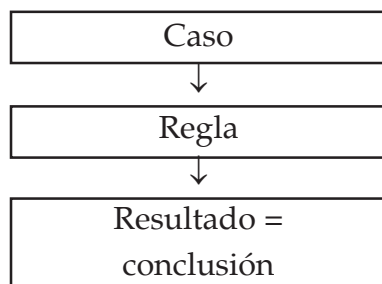


Caso: El artículo 24 de la Constitución + "ci" literal.

Regla de segundo nivel: Si, "art. 24 CE" + "ci" literal; entonces, "Si existen dudas fundadas y racionales sobre el modo, forma y desarrollo de los hechos, entonces procede su libre absolución".

regla-nd: "Si existen dudas fundadas y racionales sobre el modo, forma y desarrollo de los hechos, entonces procede su libre absolución"¹⁸⁴.

El siguiente ejemplo lo tomamos de un argumento contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional español 21/81.



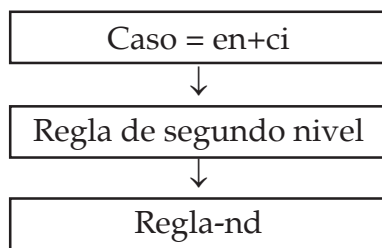
¹⁸⁴ Puede extrañar el enunciado normativo que ha sido utilizado como artículo 24 de la Constitución. Basta con ir al texto constitucional para darse cuenta de que este no coincide con el conjunto de expresiones gramaticales allí expuestas. Sin embargo el enunciado normativo que se corresponde con el artículo 24 de la Constitución ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional incorporando el principio *in dubio pro reo* (Sentencia 31/81). Esta incorporación, ha funcionado como norma en ese supuesto (el de la sentencia que lo deduce del artículo 24), pero a partir de ese momento forma parte del enunciado normativo contenido en el artículo 24 de la Constitución (como enunciado normativo consolidado).

Caso: Pena privativa de libertad que ha sido impuesta por la Administración militar.

Regla: Si la pena privativa de libertad ha sido impuesta por la Administración militar entonces la pena privativa de libertad es válida.

Resultado = conclusión: La pena privativa de libertad es válida.

El respaldo, del tipo RC, podría ser presentado a través de la utilización del artículo 25,3 de la Constitución española como enunciado normativo consolidado, que se interpreta a contrario.



Caso: El artículo 25,3 de la Constitución dice: “La administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad” + “ci” a contrario.

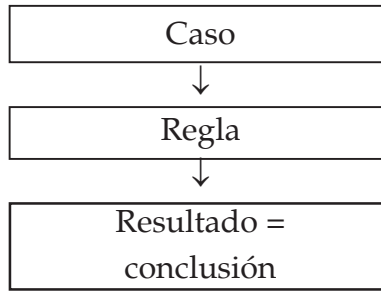
Regla de segundo nivel: Si, “artículo 25,3 de la Constitución” + “ci” a contrario; entonces, “Si la pena privativa de libertad ha sido impuesta por la Administración militar entonces la pena privativa de libertad es válida”.

regla-nd: Si la pena privativa de libertad ha sido impuesta por la Administración militar entonces la pena privativa de libertad es válida ¹⁸⁵.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (sección 2ª) de 24 de junio de 1993 se lleva a cabo el siguiente tramo de razonamiento.

¹⁸⁵ Como puede comprobarse el criterio a contrario ha operado como sigue: Art. 25,3 de la Constitución: “Si la pena privativa de libertad ha sido impuesta por la Administración civil entonces la pena privativa de libertad es inválida”.

Criterio de interpretación a contrario: “Si la pena no es impuesta por la Administración civil entonces la pena privativa de libertad es válida”.

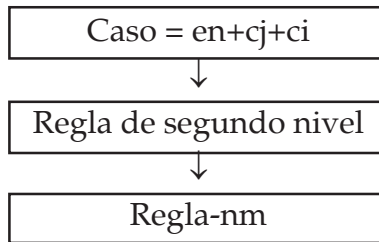


Caso: La sustancia introducida por la acusada con destino (con intención) a su tráfico entre terceras personas es hachís.

Regla: Si la sustancia introducida por la acusada con destino (con intención) a su tráfico entre terceras personas es hachís, entonces la sustancia introducida por la acusada con destino (con intención) a su tráfico entre terceras personas es considerada como estupefaciente que no causa grave daño para la salud.

Resultado-conclusión: La sustancia introducida por la acusada con destino (con intención) a su tráfico entre terceras personas es considerada como estupefaciente que no causa grave daño para la salud.

Pues bien, el respaldo, del tipo RNC, sería:



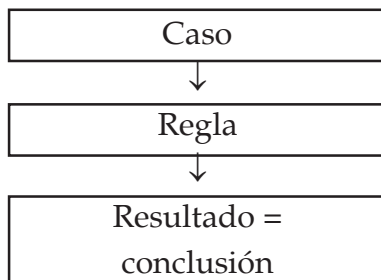
Caso: Existen dos “en”, el primero, consolidado, (normas internacionales que pertenecen a nuestro Ordenamiento) dice que, “Si la sustancia introducida por la acusada con destino (con intención) a su transmisión entre terceras personas es hachís, entonces la sustancia introducida por la acusada con destino (con intención) a su transmisión entre terceras personas es considerada como estupefaciente” (en1); el segundo, no consolidado (decisiones judiciales anteriores), + “cj” inductivo, dice que “Si la sustancia introducida por la acusada con destino (con intención)

a su transmisión entre terceras personas es hachís, entonces la sustancia introducida por la acusada no causa grave daño para la salud”(en2), + “ci” literal.

Regla de segundo nivel: Si, “en1” y “en2” + “ci” literal; entonces, “Si la sustancia introducida por la acusada con destino (con intención) a su transmisión entre terceras personas es hachís, entonces la sustancia introducida por la acusada con destino (con intención) a su transmisión entre terceras personas es considerada como estupefaciente que no causa grave daño para la salud”.

regla-nm: Si la sustancia introducida por la acusada con destino (con intención) a su transmisión entre terceras personas es hachís, entonces la sustancia introducida por la acusada con destino (con intención) a su transmisión entre terceras personas es considerada como estupefaciente que no causa grave daño para la salud¹⁸⁶.

En la sentencia del Tribunal Constitucional español 110/84 podemos encontrar el siguiente argumento.



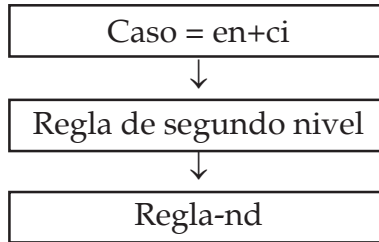
Caso: Existe secreto profesional.

Regla: Si existe secreto profesional entonces existe el deber de no declarar sobre la comisión de un delito a la Administración.

Resultado-conclusión: Existe el deber de no declarar sobre la comisión de un delito a la Administración.

¹⁸⁶ Como se habrá observado se llega a una regla considerada como norma mixta debido a que uno de los enunciados normativos con los que se opera es no consolidado (decisiones judiciales anteriores). En el caso de considerar este enunciado normativo como consolidado, la regla resultado sería norma dependiente y el respaldo habría sido RC.

El respaldo, del tipo RC, podría ser presentado a través de la utilización del artículo 24,2 de la Constitución española, enunciado normativo consolidado, que se interpreta mediante el criterio de razón mayor¹⁸⁷.



Caso: El artículo 24,2 de la Constitución dice: “Si hay secreto profesional entonces existe el deber de no declarar a los Tribunales de Justicia sobre la comisión de delitos”, + “ci” de razón mayor.

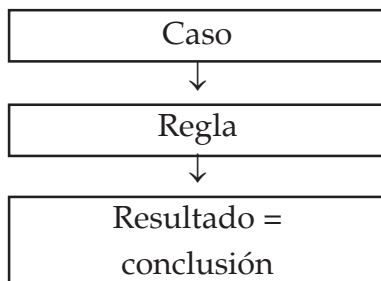
Regla de segundo nivel: Si, “artículo 24,2 de la Constitución” + ci de razón mayor; entonces, “Si existe secreto profesional entonces existe el deber de no declarar sobre la comisión de un delito a la Administración”

Regla-nd: Si existe secreto profesional entonces existe el deber de no declarar sobre la comisión de un delito a la Administración¹⁸⁸.

Otro ejemplo lo tomo de la sentencia del Tribunal Constitucional español 36/82, y concretamente de un argumento en ella expuesto que puede ser representado como sigue:

¹⁸⁷ Vid. al respecto EZQUIAGA GANUZAS, F. J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., p. 154.

¹⁸⁸ Dos comentarios parecen pertinentes. En primer lugar, subrayar como el enunciado normativo que funciona como artículo 24,2 de la Constitución no coincide con este, sino que es más bien fruto, en todo caso, de una interpretación sistemática del mismo. En este sentido, una explicación más correcta del respaldo supondría partir del art. 24,2 y utilizar tanto el “ci” sistemático cuanto el de razón mayor. En segundo lugar, como puede comprobarse, el criterio de razón mayor funciona con una premisa implícita a través de la cual se valora como más relevante la declaración en el ámbito de los tribunales.

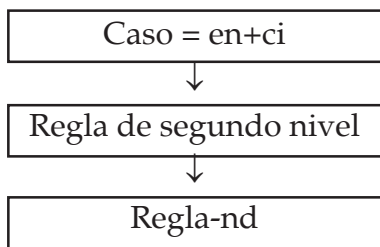


Caso: Se quiere celebrar una reunión.

Regla: Si se quiere celebrar una reunión entonces debe existir una comunicación previa dentro de determinado plazo.

Resultado-conclusión: Debe existir una comunicación previa dentro de determinado plazo.

Si atendemos a la argumentación expuesta en la sentencia, el tribunal presenta como respaldo el art. 21,2 de la Constitución española, enunciado normativo consolidado, que se interpreta a través del criterio de la analogía junto al artículo 5,2 de la Ley 17/76 (enunciado normativo también consolidado). Básicamente, el enunciado normativo que se presenta como art. 21,2 de la Constitución es: “Si se quiere celebrar una reunión entonces debe existir una comunicación previa”. Por su parte, el que funciona como art. 5,2 de la Ley 17/76 es: “Si se quiere celebrar una reunión entonces debe solicitarse autorización previa dentro de determinado plazo”. Así el respaldo, del tipo RC, sería:



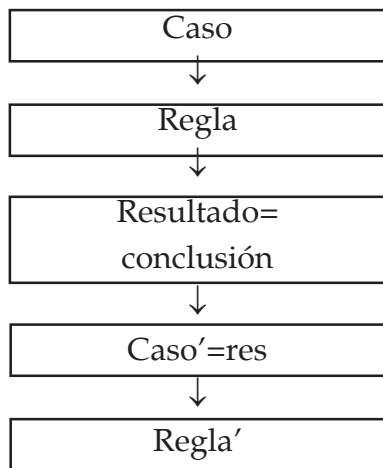
Caso: Artículo 21,2 de la Constitución + “ci” analógico con el art. 21,2 de la Ley 17/76

Regla de segundo nivel: Si, “artículo 21,2 de la Constitución” + “ci” analógico con el art. 21,2 de la Ley 17/76; entonces, “Si se quiere celebrar una reunión entonces debe existir una comunicación previa dentro de determinado plazo”.

regla-nd: Si se quiere celebrar una reunión entonces debe existir una comunicación previa dentro de determinado plazo¹⁸⁹.

Los últimos ejemplos se obtienen de la Sentencia 207/87 de 22 de diciembre del Tribunal Constitucional español en la que se resuelve un recurso de amparo contra una Sentencia del Tribunal Central de Trabajo por violación del artículo 14 de la Constitución española. La presunta violación se había producido al no reconocer dicha sentencia el derecho de los auxiliares de vuelo masculinos de una compañía aérea a un retiro anticipado, derecho reconocido en cambio a los auxiliares de vuelo femeninos. La sentencia del Tribunal Central de Trabajo justificaba la diferencia de trato afirmando "...que la mujer, por sus condiciones físicas, aconseja y hasta impone, en el ejercicio de las funciones de Auxiliar de Vuelo, una presencia atractiva que normalmente demanda el personal receptor de estos servicios y, por tanto, unas peculiaridades que no son exigibles al hombre y que, estando en función de la edad, aconsejan posibilitar la anticipación del cese de la mujer en tal servicio".

Pues bien, describiré un tramo complejo D-D.



¹⁸⁹ Ahora bien, aunque el Tribunal hace referencia explícita al criterio de la analogía, tal vez una descripción correcta debería utilizar más bien el criterio sistemático. Si bien esto presenta el problema de que el art. 5,2 de la Ley 17/76 estaba derogado (problemática esta que también afecta a la interpretación analógica).



Resultado' =
conclusión'

Caso: A un auxiliar de vuelo no se le admite su derecho al retiro anticipado por su condición de varón y este derecho se le reconoce a las auxiliares de vuelo femeninas en virtud de sus diferencias físicas.

Regla: Si a un auxiliar de vuelo no se le admite su derecho al retiro anticipado por su condición de varón y este derecho se le reconoce a las auxiliares de vuelo femeninas en virtud de sus diferencias físicas, entonces la diferencia de trato no está justificada.

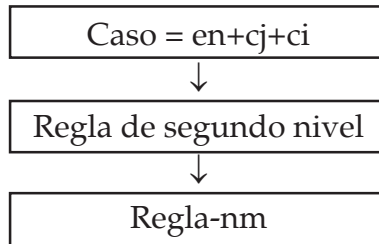
Resultado=conclusión: La diferencia de trato no está justificada.

Caso'=res: No está justificado el trato diferente.

Regla': Si no está justificado el trato diferente hay violación del derecho a la igualdad.

Resultado'=conclusión': Hay violación del derecho a la igualdad.

El primer argumento principal estaría respaldado mediante un RNC.



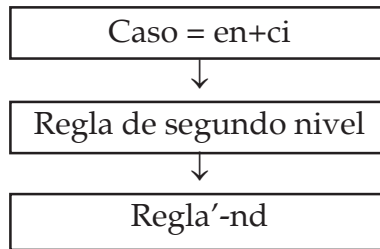
Caso: Existen dos “en” no consolidados que afirman que, “Si se lleva a cabo la función de un Auxiliar de Vuelo entonces la presencia física no tiene importancia decisiva en el desarrollo de esa función” (en1), y que, “Si se lleva a cabo la función de Auxiliar de Vuelo entonces esta implica prestar determinados servicios que competen por igual a los Auxiliares masculinos y femeninos” (en2), + “cj” de reducción al absurdo + “ci” sistemático.

Regla de segundo nivel: Si, “en1” y “en2” + “ci” sistemático; entonces “Si a un auxiliar de vuelo no se le admite su derecho al retiro anticipado por su condición de varón y este derecho se le reconoce

a las auxiliares de vuelo femeninas en virtud de sus diferencias físicas entonces la diferencia de trato no está justificada”.

regla-nm: Si a un auxiliar de vuelo no se le admite su derecho al retiro anticipado por su condición de varón y este derecho se le reconoce a las auxiliares de vuelo femeninas en virtud de sus diferencias físicas entonces la diferencia de trato no está justificada.

El respaldo del segundo argumento principal sería del tipo RC.



Caso: Existe un “en” consolidado (jurisprudencia constitucional) que afirma que, “Si la desigualdad de trato no obedece a una causa justificada y razonable entonces no puede estar legitimada”, + “ci” literal.

Regla de segundo nivel: Si, “en” + “ci” literal; entonces, “Si no está justificado el trato diferente hay violación del derecho a la igualdad”.

regla'-nd: Si no está justificado el trato diferente hay violación del derecho a la igualdad ¹⁹⁰.

2.2.4. Respaldos complejos

Como fue ya apuntado al tratar los argumentos respaldo, estos pueden presentarse de manera compleja. El respaldo es complejo cuando quien decide, justifica la regla del argumento principal a través de diferentes respaldos, ya sean estos de tipo consolidado o no consolidado. Señalaré un ejemplo tomado de la jurisprudencia constitucional española.

¹⁹⁰ En relación con los enunciados normativos producto de sentencias, no se ha hecho aquí alusión al criterio de justificación por vía inductiva o de autoridad porque puede pensarse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional posee un sentido normativo incuestionable.

En la Sentencia 107/84 de 23 de noviembre, del Tribunal Constitucional español, que resuelve un recurso de amparo contra una sentencia de Magistratura de trabajo, se afirma, en los fundamentos jurídicos 3º y 4º:

3. Cuando el art. 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a “los españoles”. Son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, “son iguales ante la Ley”, y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros. La inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible, o incluso que el propio planteamiento de una cuestión de igualdad entre extranjeros y españoles está constitucionalmente excluido. Y no es argumento bastante porque no es únicamente el art. 14 de la Constitución el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España. A tenor del art. 13 de la Constitución, “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley”. Ello supone que el disfrute de los derechos y libertades –el término “libertades públicas” no tiene, obviamente, un significado restrictivo– reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la Ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la Ley. No supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la Ley, sino de las libertades “que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley”, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados –dentro de su específica regulación– de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en

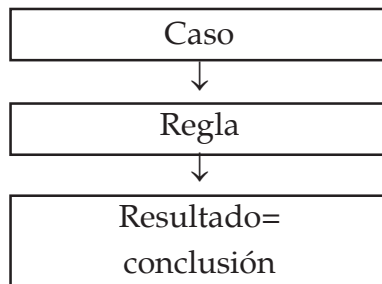
cuanto a su contenido derechos de configuración legal. Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles. Puede también, sin embargo, introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida, y en tal caso, como es obvio, queda excluida a priori la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad, aunque tal principio haya de ser escrupulosamente respetado en la regulación referida a todos aquellos situados en identidad de relación con el dato relevante.

4. El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. En el presente caso, la igualdad pretendida por el demandante lo es para la

contratación laboral, es decir, para el ejercicio del derecho al trabajo. Y tanto porque no existe tratado ni Ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo –lo hay para la titularidad y ejercicio

de los derechos laborales una vez producida la contratación, con excepciones—, como porque la propia Constitución sólo reconoce el derecho al trabajo para los españoles, no resulta posible la estimación del recurso. Constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros —incluidos los hispanoamericanos, pues no hay diferencia ninguna en favor de ellos— y los españoles en materia de acceso al trabajo y no existe tratado que así lo imponga, ya sea multilateral o bilateral, pues los convenios entre España y Uruguay que invoca el demandante no tienen el significado de excluir el permiso de residencia como se pretende. La existencia de una legislación que, según la interpretación de los Tribunales, exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone, pues, a la Constitución. La desigualdad resultante en relación a los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional, y no porque se encuentre justificada en razones atendibles, sino, más sencillamente, porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato.

Pues bien, podemos presentar el siguiente argumento principal.

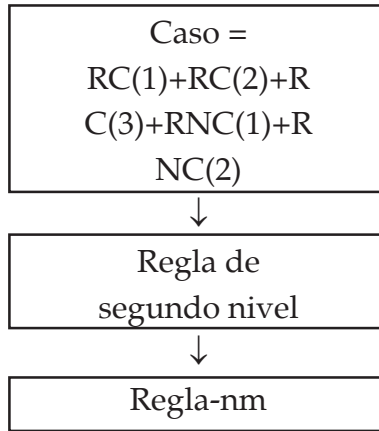


Caso: Un extranjero (hispanoamericano) es tratado de manera desigual en relación con el derecho al trabajo y no existe tratado que disponga la equiparación de trato.

Regla: Si un extranjero (hispanoamericano) es tratado de manera desigual en relación con el derecho al trabajo y no existe tratado que disponga la equiparación de trato entonces no existe vulneración del derecho a la igualdad

Resultado-conclusión: No existe vulneración del derecho a la igualdad.

El respaldo de la regla sería representado como sigue:



Caso:

RC (1): art. 13 CE + ci literal

Los extranjeros gozan de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución en los términos establecidos en los tratados y la leyes.

RC (2): art. 35 CE + ci a contrario

La Constitución no reconoce el derecho al trabajo a los extranjeros.

RC (3): art. 14 CE + ci a contrario

La Constitución no reconoce la igualdad a los extranjeros

RNC (1): juicio de valor + cj. Autoridad

El extranjero no puede ser tratado de manera desigual en relación con derechos que tienen que ver con la dignidad.

RNC (2): juicio de valor + cj. Autoridad

El acceso al trabajo no es un derecho que tenga que ver con la dignidad.

Regla de segundo nivel: Si RC (1), RC (2), RC (3), RNC (1) y RNC (2), entonces Regla.

Regla: Si un extranjero (hispanoamericano) es tratado de manera desigual en relación con el derecho al trabajo y no existe tratado que disponga la equiparación de trato entonces no existe vulneración del derecho a la igualdad

2.2.5. Algunas conclusiones

Como se habrá podido advertir, los elementos que componen lo que hemos llamado como argumentos respaldo no están exentos de problemas.

Ass, la utilización de los enunciados normativos presenta diversos problemas, entre los que destacan:

- a) El de la determinación de la competencia normativa del órgano que los crea, es decir, el problema de si el órgano que emite el enunciado tiene atribuida competencia para ello en el Ordenamiento jurídico.
- b) El de la determinación de su significado y con él, su posible contradicción con enunciados superiores, es decir, los problemas referidos al significado que posee el enunciado emitido y que versan sobre su claridad, ambigüedad, vaguedad y sobre su posible colisión con los significados que poseen otros enunciados que forman parte del mismo Ordenamiento jurídico.
- c) El de la determinación de cuando un enunciado es superior a otro, es decir, el problema de si existe claramente una diferenciación entre el valor de los enunciados que permita distinguirlos en superiores e inferiores y, a partir de ahí, ser capaces de atribuir ese valor a los enunciados emitidos.

Por su parte, y en relación con los criterios de justificación, pueden citarse los siguientes:

- a) La posible indeterminación de los criterios de pertenencia.
- b) La inexistencia de apoyo normativo para la utilización de los criterios de justificación en sentido estricto. En efecto, estos criterios no encuentran acomodo en preceptos. Y ello afecta también por tanto a su significado, y acrecienta el problema de la posible incompatibilidad entre los resultados obtenidos mediante la utilización de varios criterios dirigidos al mismo enunciado y el de la inexistencia de jerarquización.
- c) La dificultad de encontrar en la decisión el criterio de justificación utilizado ya que, en la mayoría de los casos, no aparece una referencia explícita al mismo en el contenido de la decisión.

Por último, la utilización de los criterios de interpretación plantea, igualmente, diversos problemas, entre los que destacan:

- a) La necesidad de interpretar su significado al no ser este unívoco y estar, además, normalmente contemplados en preceptos (en definitiva por tanto, el problema de la indeterminación de los criterios interpretativos, al que se le une la diferente estructura que poseen en su configuración dependiendo del autor que los maneje).
- b) La posible incompatibilidad entre los resultados obtenidos mediante la utilización de varios criterios dirigidos al mismo enunciado.
- c) La inexistencia de una jerarquización entre los criterios, salvo excepciones propias de determinados subsistemas normativos¹⁹¹.
- d) La dificultad de encontrar en la decisión el criterio interpretativo utilizado ya que, en la mayoría de los casos, no aparece una referencia explícita al mismo en el contenido de la decisión.

Por otro lado, es importante advertir como algunas de las consideraciones que hemos hecho en relación con la utilización de estos elementos varían dependiendo del contexto jurídico-normativo en el que nos encontremos. Un buen ejemplo de ello lo constituye el razonamiento que versa sobre cuestiones constitucionales. No puedo detenerme aquí en los rasgos que individualizan este tipo de razonamiento. Sólo señalaré como en éste ámbito el abandono total de la literalidad del precepto presenta importantes problemas teóricos¹⁹².

Más allá de lo anterior, y ahora ya en relación con los esquemas argumentativos vistos, se habrá podido comprobar como, en los respaldos no consolidados, la presencia de criterios de interpretación (más allá de lo que denominamos como

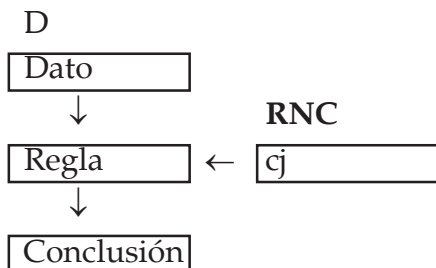
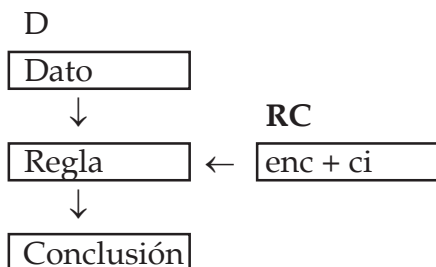
¹⁹¹ Es el caso, por ejemplo, de la interpretación de los contratos en el sistema jurídico español.

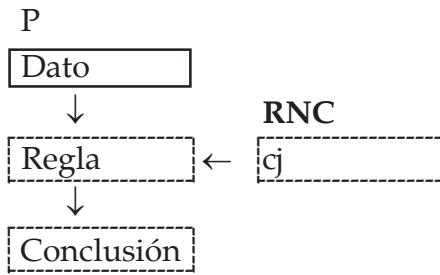
¹⁹² Me he referido a ello en *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.

literal) es prácticamente nula, hasta el punto de que el enunciado no consolidado coincide con la regla del argumento principal. La razón de esto estriba en que se trata de enunciados que no pueden ser considerados como válidos (tampoco como inválidos), y por tanto con un carácter polémico. Así, la variación de su significado mediante el uso de algún criterio interpretativo aumentaría dicho carácter.

Resulta difícil, por ejemplo, imaginar el caso en el que el juez interpreta un informe pericial atribuyéndole un significado diferente a su literalidad, por ejemplo, adaptándolo a la realidad social del momento. Estas decisiones son prácticamente inexistentes y, en todo caso, de enorme polémica o también sin sentido. De esta forma, parece que en la representación del respaldo no consolidado bastaría con señalar el criterio de justificación utilizado.

De esta forma, la descripción simple de los argumentos íntegros podría quedar como sigue:





La referencia a los respaldos complejos la haré utilizando las siglas **RCM**. En este sentido, podremos encontrarnos con los modelos anteriores de argumentos en los que el respaldo sea complejo, bien en el sentido de combinar varios respaldos consolidados, bien en el sentido de combinar varios respaldos no consolidados, bien en el sentido de combinar respaldos consolidados y no consolidados.

3. La reconstrucción de dos decisiones

Presentaré dos ejemplos de decisiones judiciales completas. Uno de ellos de una Audiencia Penal y el otro del Tribunal Constitucional.

3.1. Un supuesto penal

El primer ejemplo lo constituye la sentencia de 23 de enero de 1993, de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 2ª). Se trata de un supuesto de homicidio en relación con el cual existe al parecer prueba indiciaria. Voy a describir íntegramente los hechos que se consideran probados para, a partir de ahí, exponer también el fundamento jurídico segundo y el tercero, donde se relatan otros tipos de razonamiento fáctico, el indiciario y el normativo estricto.

Los hechos probados son los siguientes:

“Sobre las 22 horas del día 28 de agosto de 1990 el procesado Enrique M.P., mayor de edad y sin antecedentes penales, llegó a su domicilio sito en la calle Real nº 6 de la localidad de Otura, partido judicial de Santa Fe, donde convivía maritalmente desde hacía casi tres años con Mari Fe R.D. y con la que había tenido una hija que por aquel entonces con-

taba con dos años de edad; después de hablar algunos minutos con Mari Fe sobre una casa que estaban construyendo y a la que en breve se pensaban mudar, por causas o motivos no acreditados y esgrimiendo una arma blanca cuyas características se desconocen al no haber sido encontrada, él asestó un golpe en el abdomen causándole una herida punzante en el hipocondrio derecho de 1,5 cms. de longitud, dirección vertical y de izquierda a derecha, que penetró a través de las asas intestinales lesionando mesenterio, seccionando pequeños vasos que provocaron una hemorragia interna en sábana, herida en sí misma grave pero no mortal si hubiese recibido inmediata asistencia médica, lo que determinó que en un plazo no inferior a media hora sufriera shock hemorrágico, por pérdida de caudal sanguíneo en cantidad superior al 50% con subsiguiente parada cardio-respiratoria y fallecimiento; aproximadamente a las 22,45 horas al comprobar que Mari Fe había perdido el conocimiento salió en busca de su madre Dolores P.G. a quien encontró en la calle y le dijo que su mujer se había caído y se había pinchado algo en el vientre, por lo que ambos se volvieron inmediatamente a la casa y al comprobar Dolores el estado en el que se encontraba, salió corriendo pidiendo auxilio a los vecinos y en el turismo de uno de ellos trasladaron a la víctima al Hospital Clínica de San Cecilio de esta capital donde ingresó a las 23,05 horas en el servicio de urgencia en estado de muerte clínica, presentando ya livideces en zonas distales, concretamente pabellones auriculares, dedos y labios, estando la herida limpia sin resto alguno de sangre en el exterior".

Por su parte, en el fundamento jurídico segundo se afirma que Enrique M.P. es autor de un delito de homicidio, decisión que se adopta a través de un razonamiento que el tribunal denomina indiciario y que expresa como sigue:

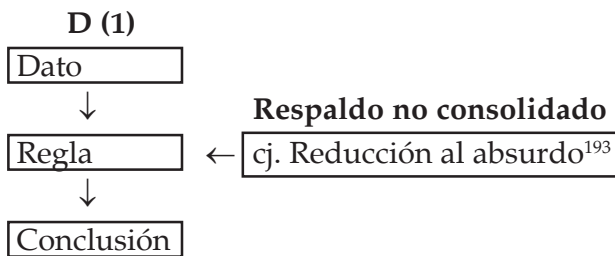
"...pues hay que partir de un hecho básico constatado cual es que en la casa, además de la pequeña y la víctima, sólo estaba el procesado como así lo ha declarado y admitido en todo momento, por lo que no cabe ni siquiera la posibilidad de plantearse un ataque efectuado por tercera persona, debiendo igualmente excluirse la alternativa de una acción sui-

cida o accidental ya que de haber sido así la herida, por rotación lógica del brazo al dirigir el arma hacia el cuerpo o al caerse al suelo, sería horizontal no vertical y con trayectoria de derecha a izquierda, es decir, al contrario de la que presentaba la fallecida, y asimismo el arma se hubiese encontrado pues sería totalmente absurdo pensar que la propia víctima la hubiera limpiado y sin embargo no apareció, analizando todos los cuchillos y objetos punzantes que se encontraron en la casa ninguno presentaba restos de sangre, luego por pura lógica sólo el procesado pudo ocultarlo o hacerlo desaparecer y ello no tenía otra finalidad que la de ocultar a su vez su conducta homicida, pero es que además para tratar de presentar todo como un accidente sin importancia aparente limpió la herida, ya que ésta cuando fue examinada en el servicio de urgencia no presentaba rastro alguno de sangre, cuando sin lugar a dudas tuvo que sangrar externamente como así lo confirmaron los peritos que declararon en el juicio oral; finalmente no se puede olvidar por su gran importancia y trascendencia, que el procesado llegó a su casa no más tarde de las 10 de la noche, extremo constatado por las declaraciones testificales, y hasta las 10,45 no salió en busca de su madre, luego faltó a la verdad cuando afirmó que en su domicilio no permaneció más de 15 minutos, siendo el lapso de tiempo anteriormente indicado de 45 minutos el que concuerda con el que tardó la víctima en desangrarse y fallecer, no menos de 30 minutos, pues cuando salió de la casa debía ser cadáver como lo demuestra el dato objetivo de que la misma presentaba livideces cuando llegó al Hospital”.

Por último en el fundamento jurídico tercero puede leerse:

“En la realización de dicho delito ha concurrido la circunstancia mixta de parentesco del artículo 11 del Código Penal como agravante, ya que el procesado vivía maritalmente con la víctima desde hacía más de tres años y tenían una hija formando pues una pareja de hecho estable”.

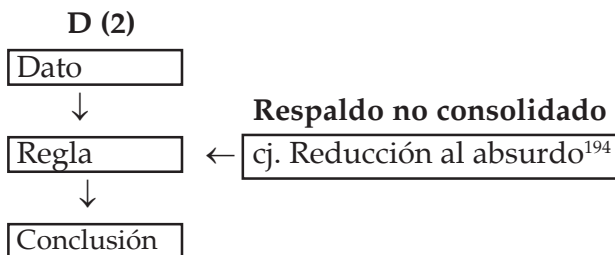
Describiré los esquemas argumentativos básicos presentes en esta decisión.



Dato: El procesado declara y admite en todo momento que en la casa sólo están la víctima, la pequeña de dos años y el procesado.

Regla: Si el procesado declara y admite en todo momento que en la casa sólo están la víctima, la pequeña de dos años y el procesado, entonces en la casa sólo están la víctima, la pequeña de dos años y el procesado.

Conclusión: En la casa sólo están la víctima, la pequeña de dos años y el procesado (res. 1).



¹⁹³ El criterio de reducción al absurdo habría funcionado como sigue:

- Se afirma: “Si el procesado declara y admite en todo momento que en la casa sólo están la víctima, la pequeña de dos años y el procesado entonces en la casa sólo están la víctima, la pequeña de dos años y el procesado”.
- Para justificarlo se afirma el siguiente enunciado: “Si el procesado declara y admite en todo momento que en la casa sólo están la víctima, la pequeña de dos años y el procesado entonces en la casa no están solo la víctima, la pequeña de dos años y el procesado”.
- Se considera que afirmar el enunciado anterior, implica que el procesado no lleva a cabo declaraciones racionales al mentir para autoinculparse o que el tribunal no valora la coherencia.
- Se considera que el procesado es racional o que es importante valorar la coherencia, por lo que lo anterior es absurdo.
- Se concluye afirmando el enunciado primero.

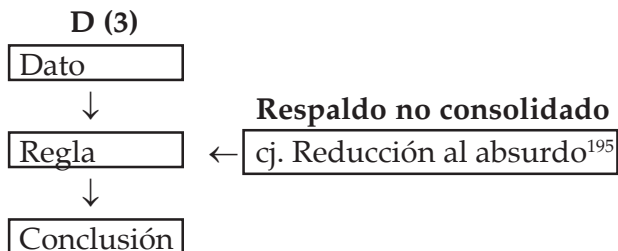
¹⁹⁴ El funcionamiento del criterio de justificación habría sido:

- Se afirma: Si en la casa sólo están la víctima, la pequeña de tres años y el procesado entonces el ataque no fue efectuado por tercera persona.

Dato: En la casa sólo están la víctima, la pequeña de dos años y el procesado (res. 1).

Regla: Si en la casa sólo están la víctima, la pequeña de dos años y el procesado entonces el ataque no fue efectuado por tercera persona.

Resultado-conclusión: El ataque no fue efectuado por tercera persona (res. 2).



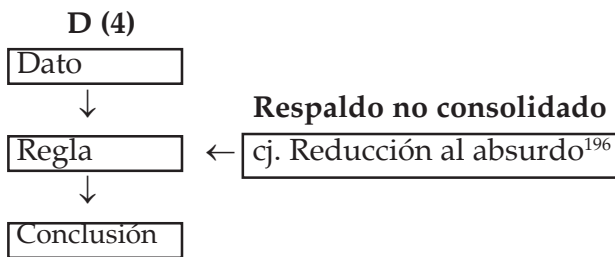
Dato: La herida es vertical y con trayectoria de izquierda a derecha.
Regla: Si la herida es vertical y con trayectoria de izquierda a derecha, entonces la herida no se la pudo producir la propia víctima de forma voluntaria ni accidental.

Resultado-conclusión: La herida no se la pudo producir la propia víctima de forma voluntaria ni accidental. (res. 3)

- Para justificarlo se propone el siguiente enunciado: Si en la casa sólo están la víctima, la pequeña de tres años y el procesado entonces el ataque fue efectuado por tercera persona.
- Se considera que afirmar el enunciado anterior implica que alguien puede, por ejemplo, producir una herida de forma sobrenatural (evidentemente dando por sentado que la alusión a tercera persona significa alguien que no se corresponde con las tres que estaban en la casa, presumiendo por tanto implícitamente que una pequeña de tres años no pudo haber realizado el ataque).
- Se considera que defender la posibilidad anterior es absurdo.
- Se concluye con la primera afirmación.

¹⁹⁵ El funcionamiento del criterio de justificación habría sido:

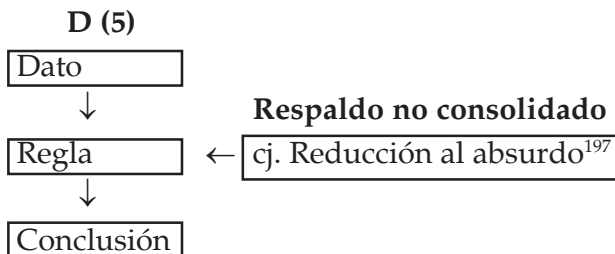
- Se afirma: Si la herida es vertical y con trayectoria de izquierda a derecha entonces la herida no se la pudo producir la víctima de forma voluntaria o accidental.
- Para justificarlo se propone: Si la herida es vertical y con trayectoria de izquierda a derecha entonces la herida se la pudo producir la propia víctima de forma voluntaria o accidental.
- Se considera que el enunciado anterior implica que la víctima no es normal.
- Se considera que la víctima es normal por lo que lo anterior es absurdo.
- Se concluye con la primera afirmación.



Dato: No se encuentra el arma.

Regla: Si no se encuentra el arma entonces la herida no la pudo producir la propia víctima de forma voluntaria o accidental.

Resultado-conclusión: La herida no la pudo producir la propia víctima de forma voluntaria o accidental. (res. 4)



¹⁹⁶ El criterio de justificación habría funcionado como sigue:

- Se afirma: Si no se encuentra el arma entonces la herida no la pudo producir la propia víctima de forma voluntaria o accidental.
- Para justificarlo se afirma el siguiente enunciado: Si no encuentra el arma entonces la herida pudo ser producida por la propia víctima de forma voluntaria o accidental.
- Se considera que afirmar el enunciado anterior implica que a pesar de ser una herida de ese tipo, la propia víctima habría tenido la posibilidad física de haberla hecho desaparecer o que en el caso de ser un accidente, la hubiera ocultado, para confundir.
- Se considera que lo anterior es absurdo ya que es imposible una actuación del primer tipo a la vista de la herida e irracional una del segundo.
- Se concluye afirmando el enunciado primero.

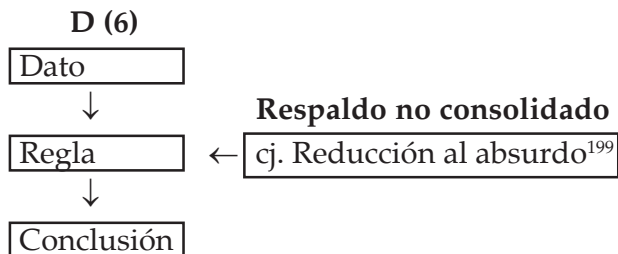
¹⁹⁷ En este caso, el criterio de justificación habría funcionado como sigue:

- Se afirma: Si en la casa sólo están la víctima, la pequeña de dos años y el procesado, no se encuentra el arma y todos los objetos posibles utilizados para producir la herida están limpios, entonces el procesado escondió o limpió el arma.
- Para justificarlo se afirma: Si en la casa sólo están la víctima, la pequeña de dos años y el procesado, no se encuentra el arma y todos los objetos

Dato: En la casa sólo están la víctima, la pequeña de trea años y el procesado (res. 1), no se encuentra el arma y todos los objetos posibles utilizados para producir la herida están limpios.

Regla: Si en la casa sólo están la víctima, la pequeña de dos años y el procesado, no se encuentra el arma y todos los objetos posibles utilizados para producir la herida están limpios, entonces el procesado escondió o limpió el arma.

Resultado-conclusión: El procesado escondió o limpió el arma. (res. 5)¹⁹⁸.



Dato: Herida punzante en el hiponcondrio derecho de 1,5 centímetros que penetra a través de las asas intestinales lesionando el mesenterio y seccionando diversos vasos.

posibles utilizados para producir la herida están limpios, entonces el procesado no escondió ni limpió el arma.

- Se considera que afirmar el enunciado anterior implica bien que la pequeña o la víctima colaboraron en la acción.
- Se considera que lo anterior es absurdo.
- Se concluye afirmando el enunciado primero.

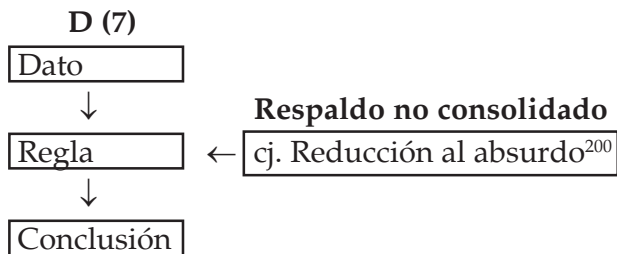
También podría proponerse como criterio de justificación el de autoridad estableciendo como origen del enunciado no consolidado decisiones anteriores. Este criterio llevaría implícito uno de tipo inductivo pero convirtiendo su conclusión en cierta al atribuir autoridad a las decisiones.

¹⁹⁸ Conviene subrayar que en el texto de la sentencia se atribuye además la finalidad con la que se lleva a cabo la acción correspondiente a la conclusión. Sin embargo no ha sido aquí tenida en cuenta. Esa atribución, entiendo que sólo es posible a la vista de otros argumentos y que además debería ser representada en el ámbito de una argumentación indiciaria. Este último camino podría llevarnos a presentar razonamientos de indicios sobre indicios (que no puede tener cabida en el contexto jurídico).

¹⁹⁹ Ciertamente podría considerarse el enunciado normativo como consolidado dotando de competencia normativa a los especialistas. En ese caso, no habría lugar al criterio de justificación, la regla sería norma dependiente y el respaldo RC.

Regla: Si herida punzante en el hipocondrio derecho de 1,5 centímetros que penetra a través de las asas intestinales lesionando el mesenterio y seccionando diversos vasos entonces herida debió sangrar abundantemente.

Resultado-conclusión: La herida debió sangrar abundantemente. (res. 6)



Dato: La herida debió sangrar abundantemente (res. 6), en la casa sólo están la víctima, la pequeña de dos años y el procesado (res. 1), y la herida está limpia.

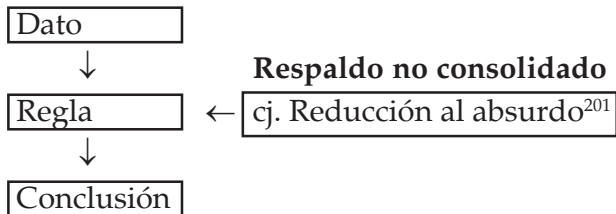
Regla: Si la herida debió sangrar abundantemente, en la casa sólo están la víctima, la pequeña de dos años y el procesado, y la herida está limpia, entonces la herida fue limpiada por el procesado.

Resultado-conclusión: La herida fue limpiada por el procesado. (res. 7).

²⁰⁰ Ciertamente, si atendemos al tenor literal de la sentencia es posible observar como en el razonamiento se atribuye además la finalidad en la conducta del procesado. En realidad esa atribución de finalidad debería manifestarse a través de un argumento que o bien tendría un carácter probable o bien (aún teniéndolo), fuese tratado como cierto a la vista de otros argumentos ya realizados. Por otro lado, también se podría haber optado por no haber hecho alusión a la finalidad, o por presentar dos argumentos, uno que concluyera con la afirmación de que la herida fue limpiada por el procesado y el otro, partiendo de este dato con la afirmación de que esto se hizo para presentar todo como un accidente sin importancia aparente. En cualquier caso, como en supuestos anteriores (concretamente en el argumento (5)), considero que esas afirmaciones sobre finalidades deben traducirse en el argumento indiciario por lo que no serán tenidas en cuenta por ahora. Así, el funcionamiento del criterio habría sido:

- Se afirma: Si la herida debió sangrar abundantemente, en la casa sólo están la víctima, la pequeña de dos años y el procesado, y la herida está limpia, entonces la herida fue limpiada por el procesado.

D (8)

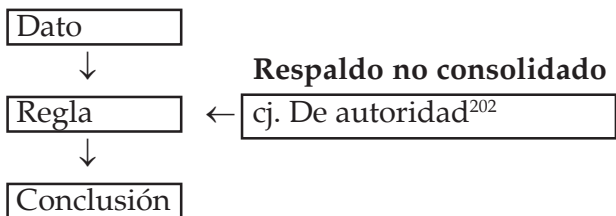


Dato: El procesado confiesa judicialmente que no permaneció más de 15 minutos en la casa y existen declaraciones de testigos que afirman que el procesado llegó no más tarde de las 22 y salió aproximadamente a las 22,45.

Regla: Si el procesado confiesa judicialmente que no permaneció más de 15 minutos en la casa y existen declaraciones de testigos que afirman que el procesado llegó no más tarde de las 22 y salió aproximadamente a las 22,45, entonces el procesado llegó no más tarde de las 22 y salió aproximadamente a las 22,45.

Resultado-conclusión: El procesado llegó no más tarde de las 22 y salió aproximadamente a las 22,45. (res. 8)

D (9)



- Para justificarlo se afirma: Si la herida debió sangrar abundantemente, en la casa sólo están la víctima, la pequeña de dos años y el procesado, y la herida está limpia, entonces la herida no fue limpiada por el procesado.
- Se considera que lo anterior supone que bien la pequeña de dos años o la propia víctima fuesen los que limpiaran la herida.
- Se considera que eso es absurdo.
- Se concluye afirmando el enunciado primero.

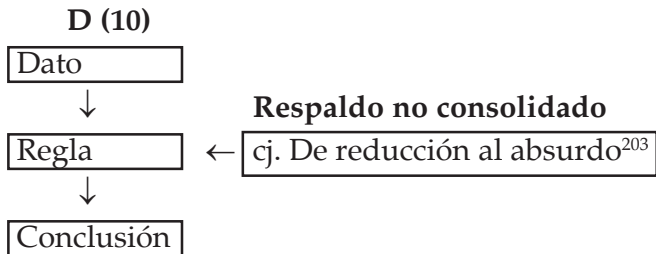
²⁰¹ El criterio de justificación trataría como absurda la versión del procesado al existir interés autoexculpatorio y versiones contradictorias sin interés espurio.

²⁰² Como sabemos, en el caso de considerar el enunciado normativo como consolidado, no haría falta hacer alusión al criterio de justificación, siendo entonces la regla una norma dependiente y el respaldo RC.

Dato: La víctima presenta livideces a las 23,05.

Regla: Si la víctima presenta livideces a las 23,05, entonces la víctima ha estado desangrándose no menos de 30 minutos.

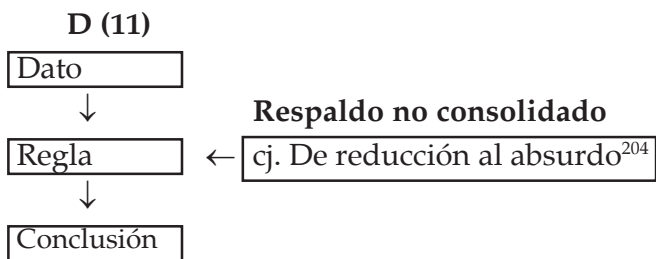
Resultado-conclusión: La víctima ha estado desangrándose no menos de 30 minutos. (res. 9)



Dato: La víctima presenta livideces a las 23,05 y ha estado desangrándose no menos de 30 minutos (res. 9).

Regla: Si la víctima presenta livideces a las 23,05 y ha estado desangrándose no menos de 30 minutos, entonces la víctima comenzó a desangrarse antes de las 22,35.

Resultado-conclusión: La víctima comenzó a desangrarse antes de las 22,35. (res 10)



Dato: El procesado llegó no más tarde de las 22 y salió aproximadamente a las 22,45 y la víctima comenzó a desangrarse antes de las 22,35. (res. 8 y res. 10).

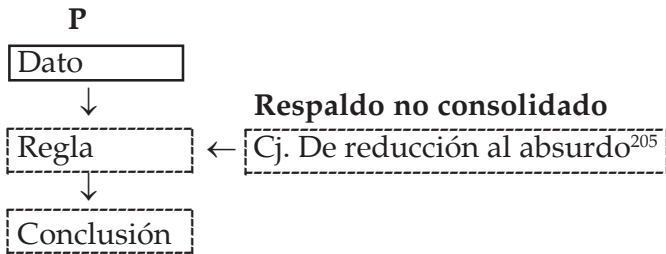
Regla: Si el procesado llegó no más tarde de las 22 y salió aproximadamente a las 22,45 y la víctima comenzó a desangrarse antes de las

²⁰³ El criterio de justificación trataría como absurda una conclusión diferente a la vista de las franjas horarias manifestadas.

²⁰⁴ El criterio de justificación trataría como absurda otra conclusión a la vista de las franjas horarias manifestadas.

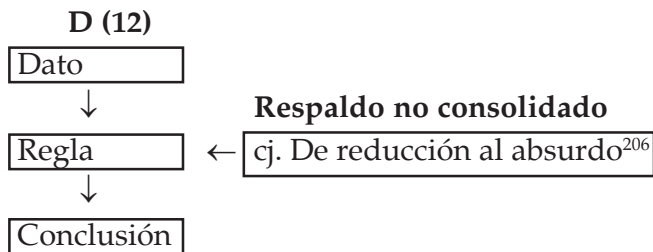
22,35, entonces el procesado estaba en la casa mientras la víctima se desangraba.

Resultado-conclusión: El procesado estaba en la casa mientras la víctima se desangraba. (res. 11).



Dato: En la casa sólo están la víctima, la pequeña de dos años y el procesado, el ataque no fue efectuado por tercera persona, la herida no se la pudo producir la propia víctima de forma voluntaria ni accidental, el procesado escondió o limpió el arma, la herida fue limpiada por el procesado, y el procesado estaba en la casa mientras la víctima se desangraba. (res. 1, res. 2, res. 3, res. 4, res. 5, res. 7 y res. 11)

Regla: Si en la casa sólo están la víctima, la pequeña de dos años y el procesado, el ataque no fue efectuado por tercera persona, la herida no se la pudo producir la propia víctima de forma voluntaria ni accidental, el procesado escondió o limpió el arma, la herida fue limpiada por el procesado, y el procesado estaba en la casa mientras la víctima se desangraba, entonces el procesado fue quien causó intencionadamente la herida con resultado muerte. Resultado-conclusión: El procesado fue quien causó intencionadamente la herida con resultado muerte.



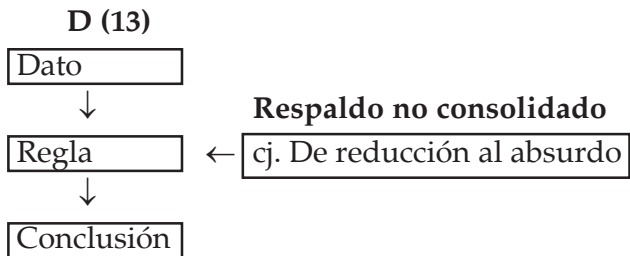
²⁰⁵ Se ha utilizado como criterio de justificación el de reducción al absurdo. Ahora bien, al no estar especificado en la sentencia, podría haberse utilizado cualquiera de los examinados.

²⁰⁶ El criterio de justificación habría funcionado dando fuerza a las declaraciones testimoniales considerando como absurda otra conclusión ya que dichas declaraciones no están movidas por algún interés extraño.

Dato: Según declaraciones testimoniales el procesado y la víctima vivían juntos desde hace más de dos años y tenían una hija.

Regla: Si según declaraciones testimoniales el procesado y la víctima vivían juntos desde hace más de dos años y tenían una hija entonces el procesado y la víctima convivían maritalmente desde hace más de dos años.

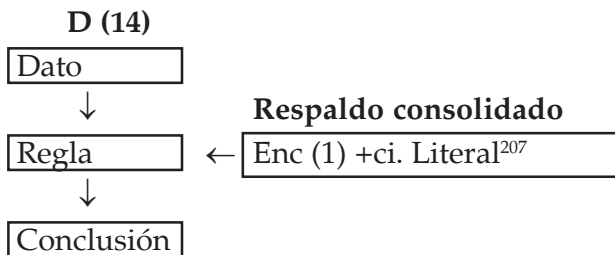
Resultado-conclusión: El procesado y la víctima convivían maritalmente desde hace más de dos años. (res. 12).



Dato: El procesado y la víctima convivían maritalmente desde hace más de dos años. (res. 12)

Regla: Si el procesado y la víctima convivían maritalmente desde hace más de dos años entonces el procesado y la víctima formaban una pareja de hecho estable.

Resultado-conclusión: El procesado y la víctima formaban una pareja de hecho estable.



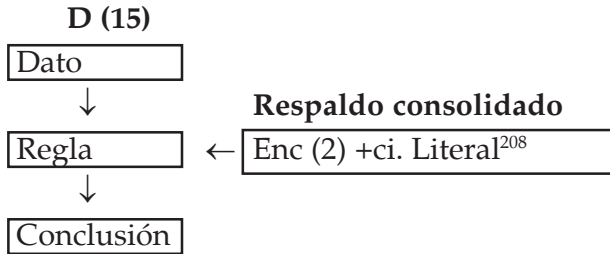
Dato: El procesado fue quien causó intencionadamente la herida con resultado muerte. (res. P)

²⁰⁷ He utilizado el criterio de interpretación literal porque el argumento se reconduce a la forma del silogismo subsuntivo, al identificarse “matar” con “causar herida con resultado muerte”. Si no existiera esta identificación, y se tratara de supuestos semejantes habría que haber representado el argumento mediante el criterio analógico, aunque sea polémica su inclusión en ese ámbito.

Regla: Si el procesado fue quien causó intencionalmente la herida con resultado muerte entonces el procesado es autor de un delito de homicidio.

Resultado-conclusión: El procesado es autor de un delito de homicidio.

Enc (1): (art. 407 del Código Penal) que dice: “El que matare a otro será castigado, como homicida a una pena de reclusión menor” + “ci” literal.

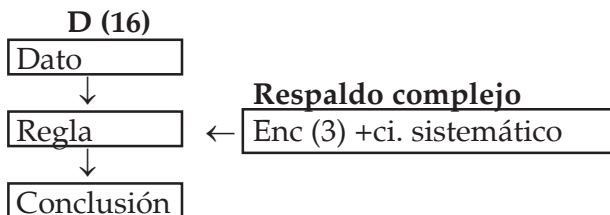


Dato: El procesado y la víctima formaban una pareja de hecho estable. (res. 13)

Regla: Si el procesado y la víctima formaban una pareja de hecho estable entonces ha concurrido la circunstancia mixta de parentesco.

Resultado-conclusión: Ha concurrido la circunstancia mixta de parentesco.

Enc (2): (art. 11 del Código Penal) que dice: “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, adoptivo o afín en los mismos grados del ofensor”



²⁰⁸ Se utiliza el criterio literal y no el análogo porque la relación de semejanza esta establecida en el supuesto normativo.

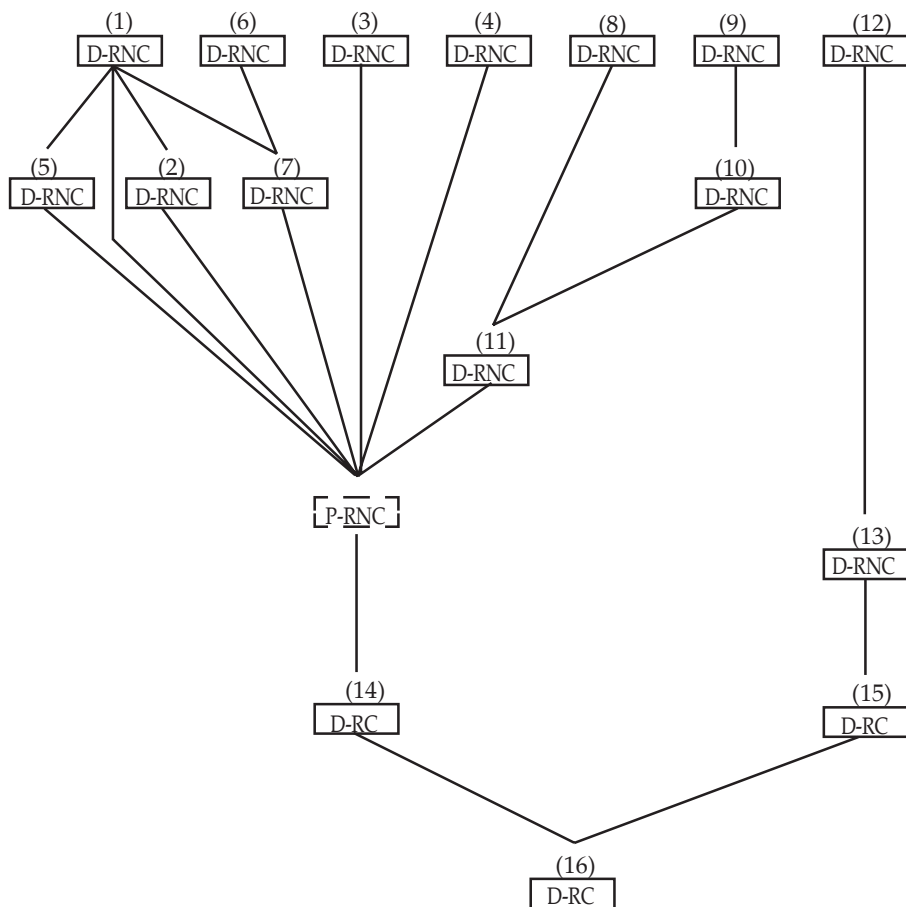
Dato: El procesado es autor de un delito de homicidio y ha concurrido la circunstancia mixta de parentesco. (res. 14 y res. 15).

Regla: Si el procesado es autor de un delito de homicidio y ha concurrido la circunstancia mixta de parentesco, entonces debe ser condenado a X años.

Resultado-conclusión: Debe ser condenado a X años.

Enc (3): Artículos 28, 58, 60, 61, 79 y 407 del Código Penal²⁰⁹.

El razonamiento puede así ser descrito mediante el siguiente modelo general:



²⁰⁹ Los enunciados normativos del Código penal del momento no aludidos fueron: el artículo 28 que afirmaba que las penas pueden ser

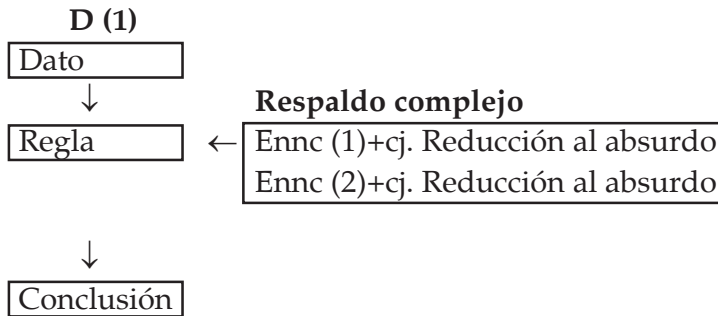
3.2. Un supuesto de derechos

El siguiente ejemplo será la sentencia del Tribunal Constitucional español 63/94 de 28 de febrero. En ella se trata un supuesto de igualdad en la aplicación de la ley derivado a su vez de un problema de igualdad ante la ley. No es posible transcribir la sentencia íntegramente por lo que haré una breve explicación de la problemática para pasar luego a exponer los tramos de razonamiento principales.

El supuesto se refiere a una demanda de amparo llevada a cabo por una ex religiosa que entiende que la sentencia de un Juzgado de lo Social vulnera los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación y de libertad religiosa. La ex religiosa ejerció como maestra de su Congregación durante una serie de años. Al secularizarse prestó determinados servicios a esa misma Congregación y a otra empresa siendo dada de alta en la Seguridad Social. Al pedir la pensión de jubilación el Instituto Nacional de la Seguridad Social le reconoce la pensión sin computar el tiempo en el que estuvo realizando su actividad como integrante de su comunidad religiosa.

divisibles en tres grados, mínimo, medio y máximo; el artículo 58 que afirmaba que, "Las circunstancias atenuantes y agravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar las penas en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en esta Sección"; el artículo 60, que afirmaba que, "Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieran en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurran"; el artículo 61 que decía que, "En los casos en los que la pena contenga tres grados, los tribunales observarán para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, la regla siguiente: ...2º Cuando concurra sólo alguna circunstancia agravante, la impondrá en su grado medio o máximo..."; y el artículo 79 que afirmaba, que la reclusión menor tiene tres grados, el mínimo va de 12 años y 1 día a 14 años y 8 meses, el medio que va de 14 años 8 meses y 1 día a 17 años y cuatro meses, y el máximo que va de 17 años 4 meses y 1 día a 20 años. Además, se tuvo en cuenta, claro está, el 407.

Esta persona reclamó que se le reconociera también ese período, pero la reclamación fue desestimada por la Administración al comprobar que en sus archivos no aparecían más cotizaciones que las computadas para el primer cálculo. La ex religiosa interpuso una demanda en el Juzgado de lo Social núm. 7 de Madrid, quien dictó sentencia desestimando su pretensión y afirmando que no había sido acreditado que con anterioridad a su alta en la Seguridad Social hubiera habido relación laboral o prestación de servicios por cuenta de un empresario y bajo la dirección de éste a cambio de retribución.



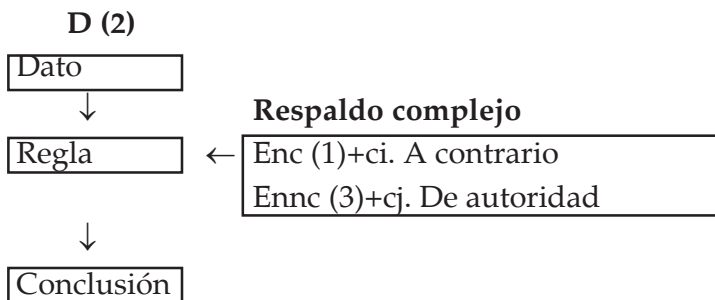
Dato: Una persona pertenece a una comunidad religiosa.

Regla: Si una persona pertenece a una comunidad religiosa, entonces está dispuesta a aceptar sin interés de ganancia o de percibir una contraprestación económica los trabajos en beneficio de su comunidad y otras tareas como la actividad docente.

Resultado-conclusión: Persona que pertenece a una comunidad religiosa está dispuesta a aceptar sin interés de ganancia o de percibir una contraprestación económica los trabajos en beneficio de su comunidad y otras tareas como la actividad docente. (res. 1).

Ennc (1): “Si una persona pertenece a una comunidad religiosa entonces lleva a cabo actividades derivadas de su compromiso con la comunidad y de sus votos de obediencia y pobreza”

Ennc(2); “Si una persona pertenece a una comunidad religiosa entonces está dispuesta a aceptar sin interés de ganancia o de percibir una contraprestación económica los trabajos en beneficio de su comunidad y otros como la actividad docente”.



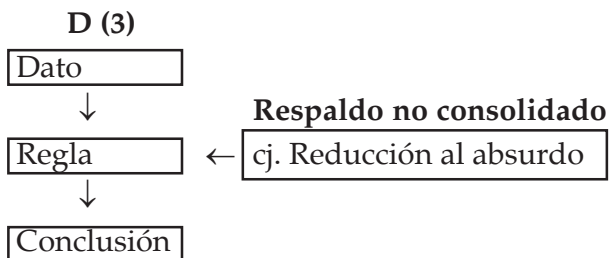
Dato: Una persona pertenece a una comunidad religiosa y está dispuesta a aceptar sin interés de ganancia o de percibir una contraprestación económica los trabajos en beneficio de su comunidad y otras tareas como la actividad docente. (res. 1)

Regla: Si una persona que pertenece a una comunidad religiosa lleva a cabo una actividad docente en beneficio de su comunidad sin interés de ganancia o de recibir una contraprestación económica, entonces no lleva a cabo una actividad laboral.

Resultado-conclusión: Persona que pertenece a una comunidad religiosa y realiza una actividad docente no lleva a cabo una actividad laboral. (res. 2).

Enc(1): “Si una persona lleva a cabo una actividad sin interés de ganancia o de recibir contraprestación económica entonces la actividad es laboral, salvo que una norma afirme lo contrario para la actividad desarrollada”

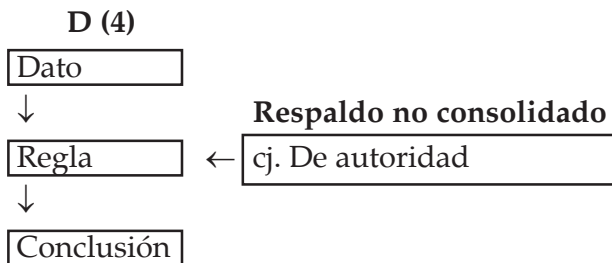
Ennc (3): No existe norma que afirme lo contrario para la actividad desarrollada



Dato: Persona que pertenece a una comunidad religiosa lleva a cabo una actividad docente que no es considerada como actividad laboral (res. 2) y otras personas que no pertenecen a una comunidad religiosa llevan a cabo la misma actividad docente siendo esta considerada como actividad laboral.

Regla (Ennc 4): Si persona que pertenece a una comunidad religiosa lleva a cabo una actividad docente que no es considerada como actividad laboral y otras personas que no pertenecen a una comunidad religiosa llevan a cabo la misma actividad docente siendo esta considerada como actividad laboral, entonces está justificado el trato diferente.

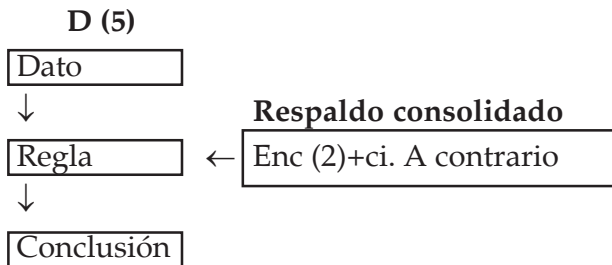
Resultado-conclusión: Está justificado el trato diferente. (res. 3)



Caso: Esta justificado el trato diferente (res.3).

Regla (Ennc 5): Si está justificado el trato diferente no hay violación del derecho a la igualdad.

Resultado-conclusión: No hay violación del derecho a la igualdad. (res. 4)



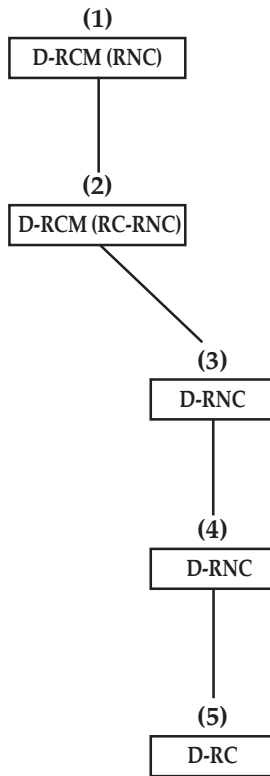
Dato: No hay violación del derecho a la igualdad (res. 4).

Regla: Si no hay violación del derecho a la igualdad no procede revisar la sentencia por ese motivo.

Resultado-conclusión: No procede revisar la sentencia por ese motivo.

Enc (2): Si hay violación del derecho a la igualdad deberá revisarse la sentencia por ese motivo.

Pues bien, de esta forma, el razonamiento puede ser descrito como sigue.



4. Breves reflexiones sobre la corrección argumentativa y la producción normativa

4.1. La corrección del razonamiento

Llevaré a cabo una breves consideraciones sobre la corrección del razonamiento judicial desde un punto de vista ético.

4.1.1. A modo de introducción

El término correcto, en el ámbito jurídico, es sin duda un término problemático. En efecto, calificar a algo como correcto implica realizar un juicio de valor que toma como referencia algún sistema normativo. Si pensamos por ejemplo en una conducta o en una norma, podremos calificar a estas como correctas desde diversos puntos de vista, dependiendo del ámbito en que nos estemos moviendo o del sistema normativo que establezcamos como

referencia. Obviamente defender la existencia de criterios de corrección implica manejar un cierto cognoscitivismo.

En este sentido, referirse a criterios de corrección en el ámbito del razonamiento judicial implica manejar una concepción del Derecho justo, esto es, asignar una serie de fines al Derecho. Obviamente excede el propósito de este trabajo dar cuenta de esa concepción. Sin embargo y en términos genéricos señalaré que los tópicos de la concepción que aquí manejaré se identifican con la independencia moral, con la autonomía pública y privada, con la libertad, la igualdad y la solidaridad. A partir de ahí, y en lo que se refiere a la proyección de esta idea de Derecho en el ámbito del razonamiento judicial, me referiré a un modelo de corrección que se desenvuelve en el ámbito de la aceptabilidad.

Antes de entrar en la exposición de este modelo, realizaré cinco aclaraciones.

En primer lugar, conviene advertir ya desde el principio sobre la dificultad de hablar de decisiones correctas. Además del problema de manejar criterios de corrección, está el problema de que estos valgan para todas las decisiones. Realmente cada decisión debe evaluarse individualmente si bien, lo que haré será referirme a criterios necesarios pero no suficientes. Así, conviene precisar el papel que desempeñan estos criterios a la hora de caracterizar una decisión como correcta. A este respecto es posible diferenciar entre teorías totales y teorías relativas. Las teorías totales suministran una serie de criterios que permiten resolver completamente el análisis de la corrección. Dicho de otra forma, suministran criterios para alcanzar o catalogar una decisión como correcta. Este tipo de planteamientos permiten así hablar de únicas respuestas correctas. Por su parte, las teorías relativas son aquellas que suministran criterios de corrección que no resuelven completamente el problema de la corrección. Se trata de criterios que sirven para alcanzar o catalogar decisiones como más correctas que otras, si bien, asumen que, dependiendo de los casos concretos, pueden existir además otros criterios. En definitiva, este tipo de planteamiento señala criterios de justificación de las decisiones, pero no asume que su utilización sirva de manera

concluyente para caracterizar a estas como definitivamente correctas. Los criterios de corrección a los que voy a aludir se desenvuelven en una teoría de este segundo tipo.

De esta forma, este tipo de criterios funcionan como lo que podríamos denominar como cuestiones de agenda de la decisión. En efecto, lo que denomino como cuestiones de agenda de la decisión son criterios que quien decide debe tener siempre presentes. Se trata de unos criterios que deben formar parte de algo así como una plantilla desde la que, en este caso, quien desarrolla un derecho o quien analiza ese desarrollo deben trabajar. Estas cuestiones no permiten alcanzar decisiones definitivamente correctas, pero su abandono si que puede hacer que la decisión sea incorrecta.

En segundo lugar, es importante ser consciente de que los elementos que presentaré deben ser enmarcados en el ámbito de una concepción sobre la función jurisdiccional correcta. Los elementos que servían para caracterizar a esta desde un punto de vista general, no son suficientes cuando de lo que se trata es no ya de hablar de decisiones válidas o suficientes sino de decisiones correctas. Así, en este punto la función jurisdiccional debe ser entendida como la actividad consistente en realizar un control de la legalidad en sentido amplio con la finalidad de lograr la máxima garantía de los valores que hemos tomado como referencia y, en definitiva, de los derechos humanos. En este sentido, aparecen rasgos que se proyectan tanto en la figura del juez cuanto en el proceso de decisión (exigencias tradicionalmente conectadas con el llamado proceso debido).

En tercer lugar, conviene diferenciar entre teorías procedimentales y teorías sustantivas. Las primeras aluden a criterios de corrección procedimental; las segundas a criterios de corrección que tienen que ver con el contenido de la decisión. Los criterios de corrección (criterios agenda) que paso a exponer, aparecen, básicamente dentro de una teoría que podríamos considerar como mixta.

En cuarto lugar, es importante advertir como las teorías sobre la corrección del razonamiento, pueden proyectarse bien en el ámbito del contexto de descubrimiento bien en el ámbito del contexto de justificación.

4.1.2. Un modelo de motivación correcta: la motivación aceptable

La idea de la aceptabilidad, que posee una importancia fundamental en el ámbito del contexto de descubrimiento, implica en el contexto de justificación satisfacer una exigencia derivada de su proyección en el ámbito de la interpretación: la decisión interpretativa debe respetar el significado más aceptable. Obviamente, esto implica, como vengo reiterando, tomar como referente una teoría extrajurídica que nos proporcione ciertos criterios de corrección. Supone así, asignar una serie de fines al Derecho y desde ahí, establecer cuando las decisiones son correctas.

La manera de entender aquí la aceptabilidad, que guarda una estrecha Aarniorelación con el planteamiento al respecto de A.²¹⁰, tendrá dos planos. Por un lado, el plano predominantemente procedimental que conlleva exigencias racionales en la motivación (aceptabilidad racional); por otro el plano predominantemente sustantivo (aceptabilidad en sentido estricto) que conlleva exigencias razonables en la motivación y que se bifurca en dos tipos de criterios, sustantivos y procedimentales. Esta teoría de la aceptabilidad asume los criterios de validez y suficiencia como requisitos necesarios pero no suficientes para considerar una decisión como correcta. En este sentido, asume la concepción positivista del Derecho si bien considera que en el ámbito de la corrección debe ser completada con otras exigencias. Lo anterior no implica que el positivismo jurídico sea una teoría incompleta. Todo lo contrario, implica que el positivismo jurídico es una teoría completa en el ámbito de la teoría del Derecho, no siendo objeto de su reflexión el problema del Derecho correcto (o justo).

²¹⁰ Vid. AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 71 y ss. También del mismo autor, "¿Hay respuestas correctas para los casos difíciles?", en *Revista de las Cortes Generales*, 53, 2001, pp. 200 y ss. Sobre esta idea vid. recientemente CABRA APALATEGUI, J. M., "Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio", en *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, 15, Dykinson, Madrid, 2000. Vid. también un esbozo de la integración de sus consideraciones en una teoría de este tipo en mi libro, *Jueces y normas*, cit., pp. 35 y 36 y 291 y ss.

En el ámbito de la aceptabilidad racional haré referencia así a tres grandes criterios de corrección: no refutación, respeto al precedente y saturación²¹¹.

El criterio de la no refutación tiene que ver con el peso o la credibilidad de los elementos de la motivación. Así, lo que exige este criterio es tener en cuenta los posibles datos que pueden llegar a desvirtuar los elementos que se utilizan. Una motivación será más correcta cuando los enunciados normativos, los criterios de interpretación y de justificación, y las reglas que utilice no sean refutables. Así por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, el enunciado normativo no debe ser inválido ni debe haber sido rechazado; no es correcto la consideración como autoridad de algo o alguien que no lo es; etc.

El criterio del respeto al precedente exige mantener decisiones anteriores o, en su defecto, justificar la variación. Así, en virtud de este criterio, deben mantenerse los criterios interpretativos y justificativos y, por tanto las reglas, utilizados al decidir casos semejantes anteriores o, cuando no sea así, justificar por qué no se hace.

El criterio de saturación alude a una de las exigencias de la teoría de la argumentación de Robert ALEXY: el requisito de saturación. Para este autor se trata de la exigencia de poner de manifiesto todas las premisas utilizadas en un argumento²¹². El sentido que adquiere aquí este criterio no es otro que el de considerar como más correcta aquella motivación que tenga en cuenta el mayor número de criterios interpretativos, justificativos y de corrección.

²¹¹ En otros trabajos me he referido a otros criterios de corrección, tales como el de la coherencia a futuro o el de la corrección interpretativa. Sin embargo, se trata de criterios que se desenvuelven claramente en el ámbito del contexto de descubrimiento. Por otro lado, conviene ser conscientes de que algunos, sino todos, de los criterios que voy a presentar pueden también funcionar en ese contexto y así, ser guías para alcanzar una decisión más correcta que otra.

²¹² Vid. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 236.

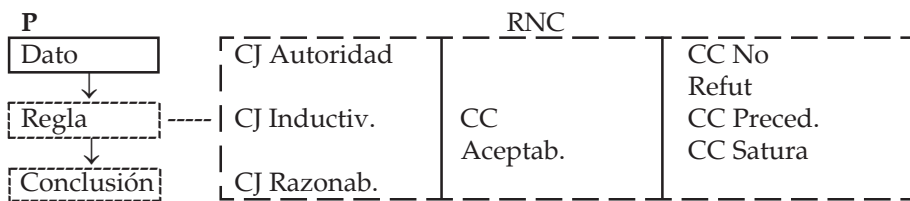
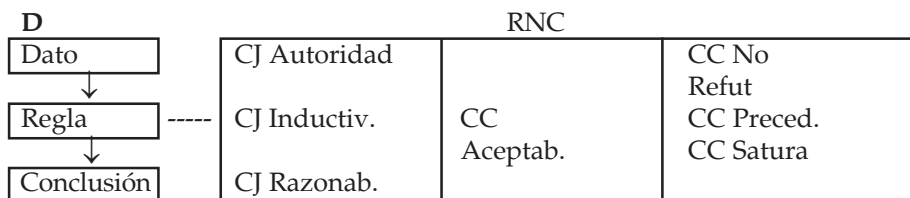
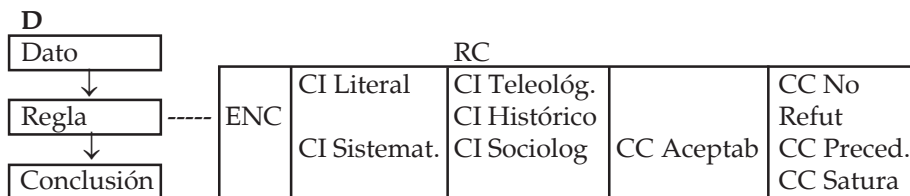
En el ámbito de la aceptabilidad en sentido estricto diferenciaré, como ya señalé, dos tipos de criterios: sustantivos y procedimentales. En todo caso, ambos derivan de una concepción sobre lo jurídicamente correcto. Los primeros suponen que el contenido de la decisión interpretativa debe ser el más aceptable, lo que implica tanto respetar la concepción del Derecho que se maneja y que viene ahora asociada a unos fines determinados, cuanto, siempre en coherencia con lo anterior, la concepción de la institución sobre la que se proyecta la interpretación. Los segundos, siempre desde una concepción concreta del Derecho, implican exigencias sobre el órgano que adopta la decisión.

Los criterios sustantivos exigen que la decisión interpretativa (la regla) respete el significado del enunciado más aceptado por la comunidad. Ciertamente esta primera implicación puede parecer un criterio de validez. En efecto se identifica con la exigencia de respetar el sistema jurídico y los límites tanto del lenguaje jurídico como del lenguaje natural. Sin embargo ahora se añade que entre varios significados posibles estará justificado aquel que mayoritariamente sea el más aceptado. En este sentido, esta especificación lo que hace es diferenciar entre aceptación mayoritaria y corrección semántica.

Obviamente en este punto pueden plantearse casos de posibles contradicciones entre ambas proyecciones. Pues bien, parece que en coherencia con lo que venimos señalando, en esos casos debe situarse en primer lugar lo que podemos considerar como la literalidad del precepto en relación con el sistema. Ahora bien, esta prevalencia vale para los casos claros, esto es, para los casos en los que la dimensión semántica no planteé dudas. En los demás casos lo habitual será que la dimensión semántica me proporcione no tanto una información positiva sino negativa, en el sentido de manifestarme no ya lo que el enunciado dice sino lo que no puede decir.

Los criterios procedimentales se proyectan en el problema de quien decide. Así, la decisión será más correcta cuanto mayor imparcialidad, cuanto mayor satisfacción de los valores del Derecho, cuanto más represente el poder judicial dichos valores, etc... Y en este sentido la cuestión de la legitimidad democrática del Poder judicial adquiere una relevancia esencial.

La proyección de estas consideraciones en los modelos de razonamiento expuestos puede exponerse como sigue.



Así, las cuestiones de agenda a la hora de plantearnos la corrección de la motivación pueden presentarse como sigue:

- a) Competencia y legitimidad del órgano.
- b) Manifestación de la decisión y de la regla en la que se apoya.
- c) Presentación de la regla como formulación de un enunciado que parte de la información determinada y alcanza unas consecuencias concretas.
- d) Corrección de la regla atendiendo a los cánones de la lengua en la que el Derecho se expresa.
- e) No contradicción de la regla con enunciados válidos.
- f) Validación de la regla desde el respeto al precedente.
- g) Manifestación del enunciado normativo cuya interpretación, a través de alguno de los criterios interpretativos, sea el origen de la regla.

- h) Manifestación de los criterios interpretativos.
- i) Manifestación de los criterios de justificación de la regla, cuando esta no tiene su origen en un enunciado normativo válido.
- j) Validación o falsación de los criterios interpretativos y de justificación.
- k) Validación de la regla desde el mayor número de criterios interpretativos y de justificación.
- l) Validación de la regla desde el enunciado normativo que es tomado como referencia, considerando que respeta la literalidad de dicho precepto en relación con el sistema o, en el caso de que lo anterior no sea posible, considerando que respeta el significado del precepto mayoritariamente aceptado.

4.2. La producción normativa en el ámbito del razonamiento judicial

El problema de la creación judicial del Derecho es sin duda una de esas cuestiones que ha acompañado la reflexión sobre el Derecho moderno y en la que se cruzan argumentos morales, éticos y jurídicos. Ciertamente, todo investigador que en algún momento se haya planteado cuestiones de producción normativa, se ha visto en la obligación de abordar este problema. Se trata, por otro lado, de una cuestión que en los últimos años ha adquirido un renovado interés debido tanto al carácter normativo que poseen las constituciones, cuanto a la actuación de ciertos tribunales y jueces en asuntos de gran trascendencia política.

En *Jueces y normas*, tuve ya ocasión de abordar este tema, defendiendo básicamente dos ideas, que se podrían resumir como sigue: a) los jueces y tribunales crean en sus decisiones normas, y, b) es necesario establecer controlar jurídicamente esa creación. En este punto volveré sobre el tema utilizando los argumentos que allí expuse y tomando como referencia el análisis de la decisión aquí efectuado.

Vaya por delante que la cuestión de la creación judicial del Derecho puede ser abordada desde tres perspectivas diferentes que enunciaré a través de tres preguntas: ¿crean los jueces normas?, ¿crean los jueces normas válidas?, ¿deben ser consideradas como válidas las normas que crean los jueces? Las preguntas segunda (que plantea el problema de la competencia de los jueces para producir normas válidas) y tercera (que plantea la cuestión de la legitimidad moral o política de los jueces para producir normas válidas), presumen la contestación afirmativa de la primera. De ahí que comience con ella.

En todo caso, antes de comenzar conviene advertir que la cuestión de si los jueces crean o no normas es una cuestión teórica y no normativa (a diferencia de lo que ocurre con las otras dos cuestiones). Con ello, lo que se quiere decir es que la existencia o no de normas no depende de lo que el Derecho nos diga, no hay normas en los ordenamientos jurídicos que señalen los requisitos que deben poseer los enunciados lingüísticos para ser considerados como normas. El Derecho, en todo caso nos va a suministrar criterios para determinar la validez de las normas o los tipos de normas. Y la misma reflexión puede ser llevada a cabo en relación con la Moral o con la Política.

4.2.1. ¿Crean los jueces normas?

La contestación negativa a esta pregunta se apoya básicamente en tres argumentos que denominaré como el argumento de la aplicación (las decisiones judiciales son aplicación de normas y no creación), el argumento de la no incrustación (las decisiones judiciales se extinguen con su cumplimiento) y el argumento de la particularidad (las decisiones judiciales tienen un alcance particular y no general).

En todo caso, esta cuestión depende de la concepción que se maneje sobre las normas que, como acabo de señalar, es una cuestión teórica. En otra parte de este trabajo he tenido ocasión de referirme a la concepción que al respecto se mantiene en este estudio y que nos lleva a plantear ya de por sí una respuesta positiva a este interrogante y, con ello, a rechazar los argumentos antes apuntados.

En efecto, si atendemos a los modelos que hemos expuesto, podrá comprobarse como las reglas se presentan como auténticas normas. Ciertamente, si nos fijamos en lo que denominé como argumentos de calificación jurídica, en ocasiones, el texto de la regla coincide con el de una norma preexistente en el Ordenamiento jurídico, pero también es cierto que en muchas otras ocasiones el texto no coincide, al haber utilizado criterios de interpretación que van mas allá del criterio literal. Por otro lado, si nos fijamos en los argumentos sobre hechos, la cuestión es mucho más clara. En este tipo de argumentos, las normas son elaboradas por el juez o recibidas por éste, pero no provienen del Ordenamiento jurídico.

De esta forma, uno de los argumentos que normalmente se utilizan para negar la creación normativa judicial, el que puede ser denominado como el argumento de la aplicación, deja de tener sentido. Este argumento sirve para defender la tesis de que las decisiones judiciales son aplicación de normas y no creación. Se apoya en una visión tradicional de la actividad judicial que puede resumirse en dos ideas que se proyectan sobre su función y su método. Su descripción puede llevarse a cabo acudiendo a los planteamientos de MONTESQUIEU y BECCARIA. El primero de ellos, destacaba como función de los jueces la de pronunciar las palabras de la Ley, sin que fuese posible integrar alguna dimensión creativa. En este sentido afirmaba: "...los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de la leyes"²¹³. Para BECCARIA, el método que caracterizaba la actuación judicial podía ser reconducido al denominado silogismo bárbara, siendo por tanto una actividad lógica: "En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena"²¹⁴. Esta visión de la actividad

²¹³ *El espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, p. 156.

²¹⁴ *De los delitos y las penas*, Aguilar, Madrid, 1974, p. 76.

judicial se apoyaba a su vez en la idea de la Codificación: el Derecho era un conjunto de normas establecidas en un Código completo y la labor de los jueces era la de aplicar esas normas a los casos concretos.

Se trata de un argumento que deja de tener sentido desde la distinción entre enunciado normativo y norma, y que está basado en una visión de la actividad judicial muy cuestionable por irreal. Toda creación normativa es susceptible de ser entendida como aplicación y toda aplicación es susceptible de ser entendida como creación.

En todo caso, tal vez el tema relevante a la hora de examinar la creación-aplicación sea el de la innovación. Es decir, de lo que se trata es de examinar si los jueces al crear normas innovan el sistema jurídico. Al respecto creo que es importante tener en cuenta que, por un lado, desde una visión del Derecho como la que aquí estoy manejando, los operadores jurídicos competentes para producir normas, lo hacen siempre dentro del marco normativo fijado en la norma básica del sistema, por lo que las normas que producen explicitan una opción que debe considerarse implícita en dicho marco. Por otro lado, es importante también ser conscientes de que la innovación es un rasgo graduable y que depende del marco normativo que sirve para controlar la creación-aplicación. En efecto, cuanto menor sea ese marco, por ejemplo si se trata de normas constitucionales, mayor posibilidad de innovación existirá. Pero se trata de una posibilidad que posee todo operador jurídico que utilice la norma.

Es obvio que las reflexiones anteriores pierden fuerza si de desestima la teoría de la norma que aquí estamos utilizando y, junto a ello, el posicionamiento sobre el Derecho. Se trata de una objeción que plantea una disputa teórica y sobre la que no me detendré. Ciertamente para la resolución de las disputas teóricas pueden utilizarse diferentes criterios tales como el de la autoridad (quien apoya la teoría), el de la tradición (la mejor teoría es la que históricamente se utiliza) o el de la experiencia (la mejor teoría es la que sirve para describir la realidad). Pues bien, considero

que la teoría que aquí venimos manejando se justifica en este último sentido.

Por otro lado, también podría oponerse al análisis aquí efectuado, la consideración de que lo realmente relevante en el ámbito de la decisión judicial tiene que ver con el fallo. Y en este sentido, la pregunta sobre si los jueces crean normas debería proyectarse sobre el sentido normativo del fallo. Se trata de una objeción que presume algo que está por demostrar: sólo el fallo de las sentencias posee incidencia jurídica. Aún así, y en relación con el fallo, suelen esgrimirse dos argumentos para negar su consideración normativa, que denominaré como el argumento de la particularidad y el argumento de la no incrustación.

En efecto, uno de los argumentos que comúnmente se esgrimen para negar el carácter normativo de las decisiones judiciales, y más en concreto del fallo, consisten en subrayar como éstas poseen un alcance particular. El argumento de la particularidad lleva consigo la defensa de la generalidad como rasgo característico de las normas. Ahora bien, conviene advertir ya desde el principio como, por un lado, es posible presentar ejemplos de enunciados que son considerados como normas y que difícilmente pueden ser entendidos como generales, y por otro, como la nota de la generalidad está sujeta a gradación es decir, hay normas muy generales y normas poco generales)²¹⁵.

En este sentido, si se admite que existen normas particulares o mejor, normas individuales, parece que podría admitirse también que los jueces crean normas de tipo individual.

No parece problemático admitir, en este sentido, que todo fallo puede ser descrito como una norma singular o individual. Presenta las notas características de las normas, con la única es-

²¹⁵ Ciertamente puede pensarse que lo que se pide al hablar de generalidad no es otra cosa que el poder formalizar el enunciado a través de un cuantificador universal. Pero si el sentido de la generalidad va por ahí, es importante ser conscientes de que las decisiones judiciales pueden ser así formuladas.

pecialidad de que sus destinatarios son, por regla general, las partes del proceso. En efecto, la resolución que pone fin a un proceso, cabe ser descrita como una imperativo. Este puede presentarse como norma definitoria o como imperativo común.

El fallo será una norma definitoria cuando su contenido sirva para declarar la situación jurídica objeto del proceso. En este sentido, señala cómo deben ser entendidas las relaciones jurídicas entre las partes, por lo que posee un significado similar al de las normas definitorias. Pero también el fallo, puede revestir el significado de un imperativo común. Es decir, la resolución judicial que pone fin al proceso puede ser descrita en términos de imperativo positivo (obligación), imperativo negativo (prohibición) o como negación de alguno de ellos (permiso).

Así por ejemplo, el fallo por el que se absuelve a un determinado sujeto, tiene como significado la prohibición de considerar a esa persona como autor del hecho delictivo que se imputaba o, si se prefiere, la obligación de considerar a esa persona como no autor de un delito. Por su parte, el fallo por el que se condena a un sujeto como autor de un determinado delito, debe ser entendido como obligación de considerarle autor del delito. Aunque también en este caso, haya un imperativo más o menos directo hacia un determinado sujeto que es, precisamente, el encausado. Y esto es más fácil de demostrar si salimos del ámbito penal y vamos por ejemplo al civil.

En cualquier caso, parece que en relación con el fallo, es posible hablar también de efectos generales, que pueden ser directos o indirectos. Los indirectos se producen en toda decisión individual, ya que en la misma además de efectuarse un determinado mandato, prohibición o permiso a un sujeto o sujetos determinados, se está imponiendo esa configuración jurídica al resto de los operadores jurídicos²¹⁶. Sin embargo, son más interesantes los efectos generales directos.

²¹⁶ Nótese que no estamos hablando de precedentes sino del sentido del fallo. A esto podría objetarse que en ocasiones el fallo se recurre y se cambia, pero esto no es otra cosa que un fenómeno similar a la derogación de un precepto.

Estos se producen básicamente cuando el fallo se proyecta en otras normas (aunque en realidad, indirectamente, afecte a todos los operadores jurídicos). Los casos más claros son los de aquellas decisiones de Tribunales resultado del control de legalidad de los reglamentos y del control de constitucionalidad de las leyes. En relación con todas ellas se ha hablado de una producción general negativa²¹⁷. Pero también, y especialmente en relación con la actividad del Tribunal Constitucional se ha llegado a hablar de producción general positiva. Así se ha expresado, por ejemplo, G. Peces-Barba afirmando: “Esa función supone el ejercicio de una actividad de legislación negativa por un lado y, por otro, a través de la interpretación, que tiene carácter exclusivo y vinculante, de la Constitución y de la prolongación de la textura abierta del Ordenamiento, el ejercicio de una actividad de creación de normas generales”²¹⁸.

Pueden señalarse casos, pertenecientes al ámbito de justicia constitucional y de la ordinaria (sin entrar en el análisis de Tribunales europeos e internacionales), en los que el fallo posee un sentido general directo. No obstante no está claro que lo que posea valor normativo sea el fallo. En efecto, salvo los casos de legislación negativa o aquellos de fijación de doctrina, más bien estamos en presencia no de fallos sino de fundamentos jurídicos con alcance general, esto es de enunciados que aparecen en tramos de razonamiento anteriores al de la decisión última, ya sea formando parte del argumento principal o del respaldo.

²¹⁷ “...un Tribunal facultado para anular leyes –en forma individual o de manera general– funciona como legislador en sentido negativo”. Kelsen, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, UNAM, México, 1979, p. 318.

²¹⁸ PECES-BARBA, G., “La creación judicial del Derecho desde la teoría del Ordenamiento”, en *Poder Judicial*, n° 6, p. 1026.

Por último, es posible aludir al argumento de la no incrustación²¹⁹, a través del cual se afirma como rasgo propio de las normas jurídicas su pertenencia y permanencia en el Ordenamiento jurídico. Ciertamente puede entenderse que un fallo judicial se consume con su misma realización. No obstante, no puede negarse que el fallo modifica o crea situaciones jurídicas, incluso derechos y obligaciones. A través del mismo por ejemplo, un sujeto puede adquirir la posibilidad de ejercer un derecho, lo que tendrá que justificar tomando como referencia ese fallo. Por otro lado, las consecuencias del fallo son recurribles en el mismo sentido en el que lo son las normas.

El argumento de la no incrustación se apoya en un rasgo que se considera como perteneciente a toda norma y que puede ser denominado como el rasgo de la permanencia. Desde este rasgo, las disposiciones que poseen una eficacia inmediata no podrían ser consideradas como normas en sentido estricto. Ahora bien, el problema radica en fijar lo que se entiende por permanencia. Es posible especificar casos en los que una disposición posee una permanencia mayor o menor, o incluso casos en los que la permanencia sólo afecta al momento de realización. Este rasgo reconduce la consideración normativa a una cuestión temporal, que varía según las normas²²⁰.

Así por ejemplo, existen una serie de normas que tienen como misión producir una serie de efectos u otorgar unas competencias durante un período determinado. Un caso interesante está constituido por las disposiciones transitorias, derogatorias y finales.

²¹⁹ Esta nota ha sido destacada por la jurisprudencia para diferenciar entre acto y reglamento. *Vid.* por todas las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1987 (Ref. Aranzadi 431) y de 19 de septiembre de 1989 (Ref. Aranzadi 6590).

²²⁰ Sin embargo, el Tribunal Supremo ha utilizado la dimensión temporal en la distinción entre el acto y las normas. *Vid.* por todas la Sentencia de 31 de marzo de 1982 (Ref. Aranzadi 1308).

Las disposiciones transitorias son normas que hacen referencia al carácter pasajero de una regulación. Suelen dictarse cuando se produce una innovación normativa acompañada de la extinción de otras normas, con la finalidad de acomodar, durante un periodo de tiempo, una situación anterior especial a la nueva regulación. En este sentido, por ejemplo, la Disposición transitoria 8ª,1 de la Constitución de 1978 señalaba: “Las Cámaras que han aprobado la presente Constitución asumirán, tras la entrada en vigor de la misma, las funciones y competencias que en ella se señalan, respectivamente, para el Congreso y el Senado, sin que en ningún caso su mandato se extienda más allá del 15 de junio de 1981”. Como puede observarse se trata de una norma con un período de validez determinado concluido el cual pierden su valor a futuro. Por tanto su sentido normativo está presente al menos durante cierto período de tiempo, pero es que además, no está del todo claro que la norma deje de permanecer en el Ordenamiento. En este sentido, puede afirmarse que muchos efectos jurídicos e incluso normas vigentes encontrarían su criterio de legalidad en esa disposición. La consideración normativa de este tipo de disposiciones resulta clara, y buena prueba de ello es la siguiente manifestación del Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de febrero de 1990 (Ref. Aranzadi 686), dentro de fundamento jurídico núm. 4: “El Derecho transitorio, lejos de la distinción entre normas dispositivas y de Derecho estricto o excepcional, tiene como único objeto combinar el Derecho y situación anterior a la promulgación de la nueva Ley con ésta, sin atenerse a criterios fijos, sentando normas que eviten la inseguridad jurídica que podría causarse de no establecer normas transitorias, y estas normas han de ser interpretadas conforme a los principios de literalidad y lógica de los textos”.

Las disposiciones derogatorias tienen como finalidad hacer desaparecer otras normas del Ordenamiento. Es lo que podría ser denominado como producción negativa de normas, ya que a través de ellas se impone la extinción de determinadas normas. La fórmula típica de estas normas es la siguiente: “A partir de la fecha de entrada en vigor de la presente norma queda derogada la disposición...”. La derogación puede ser precisa o general. En el

primer caso la norma afecta a mandatos concretos, como por ejemplo la Disposición transitoria 1ª de la Constitución²²¹, mientras que en el segundo no, es el caso de la Disposición transitoria 3ª también de la Constitución²²².

La derogación precisa afecta pues a normas concretas y despliega su eficacia desde el momento en el que entra en vigor. Ahora bien, puede afirmarse que este tipo de normas se autoextinguen con su aplicación y, por tanto, no se incrustan en el Ordenamiento. Esto, en definitiva, llevaría a negar el carácter normativo de estas disposiciones. Sin embargo, no parece ser este el planteamiento correcto. Al igual que nos ocurría con la disposiciones anteriores, independientemente de su posible autoextinción con la aplicación, conservarían el carácter normativo en ese mismo momento. Además, no está del todo claro que se extingan ya que sus efectos se mantienen en el Ordenamiento.

La derogación general, por el contrario, no afecta a unas normas concretas sino a todas aquellas que reúnan una serie de características. Sin entrar a considerar la relación de este tipo de disposiciones con el principio de conservación de las normas, podría afirmarse que, de forma diferente a las anteriores, su validez se prolonga durante el mantenimiento del texto al que hacen referencia (en nuestro ejemplo la Constitución). Por lo tanto, este tipo de disposiciones sí que se incrustarían claramente en el Ordenamiento y no habría problemas en su consideración como normas.

Las disposiciones finales son generalmente mandatos que tienen como fin establecer el momento de entrada en vigor de

²²¹ “Queda derogada la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política. así como, en tanto en cuanto no estuvieran ya derogadas por la anteriormente mencionada Ley, la de Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958; el Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945; el del Trabajo, de 9 de marzo de 1938; la Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942; la ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, de 26 de julio de 1947...”.

²²² “Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones se opongán a lo establecido en esta Constitución”.

otras normas. No obstante, en ocasiones bajo esta forma se presentan normas encuadrables en los otros dos tipos de disposiciones examinadas en este punto. Un ejemplo claro es el constituido por la Disposición final del Código civil. Nos referiremos ahora a las disposiciones finales que pueden ser distinguidas de las restantes ya que determinan el momento de validez de otras normas.

Este tipo de disposiciones obedece a la fórmula siguiente: "La presente norma entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el...". Un ejemplo que puede servirnos es el de la Disposición final de la Constitución: "Esta Constitución entrará en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el 'Boletín Oficial del Estado'. Se publicará también en las demás lenguas de España". Como se observará, esta disposición contiene dos mandatos, uno que se refiere a la entrada en vigor de la Constitución, otro que se refiere a la obligación de su publicación en las distintas lenguas de España. En relación con éste último, podría afirmarse que una vez realizado su contenido desaparecería, aunque siempre podría argumentarse en el sentido de admitir la posibilidad de una nueva lengua. No obstante el caso de este mandato no sería distinto al de cualquier otra norma que posee un contenido determinado susceptible de ser cumplido en un período de tiempo, pasado el cual la norma se desvanecería. Eso si, en todo caso estaríamos en presencia de una norma, que incluso durante un tiempo determinado estaría incrustada en el Ordenamiento.

Por lo que se refiere al primer mandato contenido en la Disposición final aquí examinada, ciertamente podría afirmarse también que su aplicación coincide con su extinción. No obstante, a pesar de ello, que ya de por sí es cuestionable, no parece que tenga fundamento negar su carácter normativo.

En este sentido, no parece que la nota de la permanencia o de la eficacia inmediata sirva para negar el posible carácter normativo de los fallos.

En todo caso, muchas de las objeciones que pueden presentarse frente a la consideración de que los jueces crean normas tienen que ver más bien con la cuestión que vamos a abordar en el punto siguiente.

4.2.2. ¿Crean los jueces normas válidas?

Este interrogante plantea el problema de si las normas creadas por los jueces pueden ser consideradas como normas válidas. A lo largo del análisis de los modelos de razonamiento hemos tenido ocasión de apuntar esta problemática.

En todo caso, la respuesta depende de la concepción que se maneje sobre la validez. Como es sabido existen tres grandes concepciones al respecto. Por un lado aquella que hace descansar la validez en la concordancia con unos criterios de justicia, por otro aquella que hace descansar la validez en la concordancia con los criterios expuestos en el Ordenamiento jurídico (criterios que tienen que ver con cuestiones de competencia, procedimiento y contenidos), por último aquella que apoya la validez en la eficacia. Abordaré este interrogante desde las últimas concepciones, ya que la primera es difícilmente justificable en el ámbito de la práctica jurídica.

Así si tomamos como referencia el planteamiento para el que la validez de las normas descansa en su concordancia con criterios de competencia, procedimiento y contenido, el interrogante que nos planteamos depende de cada Ordenamiento concreto.

Así por ejemplo, en el caso español no encontramos normas que nieguen la competencia normativa a los jueces, pero tampoco normas que se la otorguen. Por otro lado, y en ausencia de esa declaración expresa, existen una serie de disposiciones normativas que parecen ir más en la línea de negar dicha competencia normativa. Pueden citarse como ejemplo tanto los preceptos del Código civil dedicados a las fuentes del Derecho como la doctrina del precedente construida por el Tribunal constitucional. También avala esa postura el constituyente quien rechazó incluir en el artículo 161 de la Constitución Española la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por causa de inconstitucionalidad²²³.

²²³ En el texto del proyecto de Constitución tal y como salió del Senado figuraba, en el artículo 160 (que finalmente fue el 161), el recurso de inconstitucionalidad frente a la "jurisprudencia en cuanto sea complementaria del Ordenamiento jurídico". La Comisión Mixta suprimió esta alusión

Ahora bien, si es cierto lo anterior, también lo es que de hecho los fallos y los fundamentos jurídicos aparecen con una alta frecuencia en los pronunciamientos judiciales. Incluso podría afirmarse que aparecen con mas frecuencia que las normas procedentes de textos articulados. En este sentido, si adoptásemos una visión de la validez de las normas vinculada a la idea de eficacia, que duda cabe que podríamos considerar a los pronunciamientos judiciales como normas.

En todo caso, y aún asumiendo la concepción de la validez vinculada a la competencia, parece que las normas creadas por los jueces no pueden ser consideradas como válidas, pero tampoco como inválidas. De hecho es así como aparecen en los modelos que aquí hemos desarrollado, formando parte de respaldos no consolidados.

4.2.3. ¿Deben ser consideradas como válidas las normas que crean los jueces?

La cuestión que ahora nos ocupa, plantea el problema de la creación judicial del Derecho desde una óptica política, además de jurídica. En este sentido, lo que se plantea es si los jueces son órganos que cuenta con legitimidad para establecer mandatos a la comunidad.

Esta cuestión, en muchas ocasiones, es resuelta desde un argumento estrechamente conectado con el argumento que denominamos de la aplicación; se trata del argumento de la obediencia. En virtud de éste, los jueces son operadores sujetos al Derecho y, por tanto, sometidos a lo que éste dispone. En términos de poder, los jueces están sujetos a lo que otros poderes, legítimos, han establecido. Así, la legitimidad de los jueces, su autoridad, es consecuencia de su propia actividad de aplicación del Derecho. Ahora bien, el argumento de la obediencia puede ser contestado de la misma manera con la que contestamos al argumento de la aplicación.

dejando el que hoy es el artículo 161.1.a), en el se afirma: “La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de Ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

Más allá de lo anterior, suele ser una constante negar la consideración del poder judicial como centro de producción normativa basándose en una idea de legitimidad conectada con la idea de Democracia. Cuando se abordan las razones existentes para considerar a un órgano legitimado para la producción de normas, normalmente estas se mueven en dos coordenadas, que están estrechamente conectadas. La primera, relacionada con la Democracia, viene a exigir que los órganos que creen normas sean expresión directa o indirecta de la voluntad popular, y a través de ella se admite por ejemplo, la consideración como tal del Parlamento o del Gobierno. La segunda, relacionada con una cierta idea de interés, viene a exigir que los órganos que creen normas expresen intereses de aquellos a los que afectan las disposiciones que crean, y a través de ella, parece asumirse la consideración como tal de los sindicatos, asociaciones empresariales e incluso los particulares (a través de las cláusulas contractuales).

En ambos casos, parece que el poder judicial no tiene cabida. En efecto, ni estamos en presencia de un órgano que tiene su origen en la voluntad popular, ni puede pensarse que actúe movido por interés alguno (más que el del respeto al Derecho positivo), sino todo lo contrario. Una de sus notas características, quizás la esencial, es precisamente la de la imparcialidad. En este sentido, no parecen existir razones que apoyen su consideración como centro de producción normativa, aunque también es cierto que esto supone añadir al concepto de norma y más en concreto al de validez normativa, no sólo condicionantes formales y materiales desde el Ordenamiento, sino también condicionantes ajenos al Derecho positivo y que tienen que ver con la legitimidad.

Y en relación con ella, es posible utilizar un significado diferente al que la presenta en conexión con la democracia y el interés, que puede ser considerado como criterio de legitimidad indirecto, y que se mueve en la idea de la imparcialidad. Ciertamente, esta posición también nos traslada al examen del problema de la interpretación y aplicación del Derecho, pero en todo caso, vendría a defender que los órganos legítimos para interpretar y aplicar, y por lo tanto en ocasiones también elaborar, normas, serían órganos imparciales como el poder judicial. En virtud de este

manejo de la idea de legitimidad, los jueces podrían convertirse en centros de producción normativa, aunque primaría su consideración como aplicadores, y todo ello siempre bajo el prisma del respeto a los valores y derechos que se presentan como contenidos básicos del Ordenamiento jurídico.

4.2.4. Sobre el control de la producción normativa judicial

Hemos constatado una importante contradicción entre la regulación formal de las fuentes del Derecho y la realidad. En efecto, aunque ni las disposiciones que enumeran las fuentes del Derecho ni una parte importante de los operadores jurídicos consideran que los jueces crean Derecho, esto parece ser un hecho²²⁴. No se trata de afirmar que esto es algo que debe ser defendido ni de un tipo de posicionamiento ideológico en materia de fuentes. Tampoco se trata de un fenómeno vinculado a un momento histórico jurídico determinado²²⁵. La creación normativa judicial es consecuencia del carácter del Derecho y del proceso de decisión basado en él²²⁶.

²²⁴ No es raro que en materia de fuentes del Derecho se produzcan confusiones entre lo normativo y lo descriptivo. *Vid.* en este sentido, OLLERO, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 74. Por otro lado, en muchos casos este problema radica en las distintas formas de entender esa expresión.

²²⁵ Ciertamente puede pensarse que aunque esto sea realmente un hecho hay razones para defenderlo en el momento actual. Para MAURO CAPPELLETTI, hay razones que explican la relevancia actual de la actividad judicial (necesidad de interpretar la legislación social, el control de la actuación administrativa, los derechos fundamentales), pero esta ha sido siempre creativa ya que toda interpretación lo es. *Vid.* "Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1982, p. 781. *Vid.* también su libro *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 20 y ss.

²²⁶ *Vid.* BELAID, S., *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, LGDJ, Paris, 1974, pp. 262 y ss. Es decir, no es que los jueces deban crear Derecho sino más bien que los jueces crean Derecho. En todo caso, y desde un punto de vista no descriptivo sino valorativo, podríamos decir con RUIZ MIGUEL que: "los jueces pueden ser políticamente muy creativos a la vez que deberían ser lo menos creativos que fuera posible" RUIZ MIGUEL, A., "Creación y aplicación en la decisión judicial", *Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Época*, t. I, 1984, p. 31.

Conviene asumir el hecho de la creación normativa judicial para poder extraer las consecuencias oportunas. Los intentos de algunos autores basados en la defensa de los principios que sitúan al legislador como único centro de producción o en el rechazo de la legitimidad de los jueces a la hora de crear Derecho, no parecen ser conscientes de que están dejando a un lado ciertas cuestiones de indudable relevancia²²⁷. Muchos de estos intentos se producen como consecuencia del enorme poder que, en determinados momentos y temas, han adquirido los jueces. Así, se busca mitigarlo negando la posibilidad de que creen normas. Sin embargo, como se ha demostrado aquí, el problema no está en otorgar o no esa capacidad, ya que de hecho esa producción se produce. Negando ese valor, lo que se hace precisamente es aumentar las prerrogativas del poder judicial²²⁸. Porque si los jueces crean Derecho es importante al menos plantearse la corrección de su actuación y las posibilidades de control²²⁹. No hacerlo supone dejar sin control un proceso creador de normas. En este sentido, al igual que ocurre con el resto de centros con competencia para producir normas, dos cuestiones adquieren una enorme relevancia. La primera tiene que ver con su composición y organización, la segunda con su actuación y, concretamente, con la motivación de sus decisiones²³⁰.

²²⁷ Como ha señalado Andres OLLERO: "...las invocaciones al principio de legalidad que, en teoría, pretenden cerrar el paso a una indeseada discrecionalidad del juez, se lleguen a mantener con tal rigidez que puedan producir el efecto contrario". *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, cit., p. 37.

²²⁸ *Vid.* en este sentido OLLERO, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, cit., pp. 36 y 37.

²²⁹ "El hecho de que la jurisprudencia sea fuente del Derecho no significa, por sí sólo, la negación del carácter indisponible del parámetro de control...". ARAGÓN, M., "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 19, 1987, p. 111.

²³⁰ Me he referido a estas cuestiones en *El juez y la motivación en el Derecho*, cit.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, versión castellana de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ALCHOURRÓN, C. E. / BULYGIN, E., "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico", en ALCHOURRÓN, C. E. / BULYGIN, E., *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ALCHOURRÓN, C. E., "Concepciones de la lógica", en AA.VV., *Lógica, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta-CSIC, Madrid, 1995.

ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *El positivismo jurídico neoinstitucionalista*, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996.

– "Poder, Ordenamiento jurídico, derecho", en *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, nº 2, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Dykinson, Madrid, 1997.

ARAGÓN, M., "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 19, 1987.

ATIENZA, M. / RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

ATIENZA, M., “Sobre lo razonable en el Derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 27, 1989.

– *Las razones del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

– *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993.

BATTAGLIO, S., “Indizio e prova indiziaria nel proceso penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale*, nº 2, 1995.

BAYÓN MOHINO, J. C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

BECCARIA, *De los delitos y las penas*, Aguilar, Madrid, 1974.

BELAID, S., *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, LGDJ, Paris, 1974.

BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

BETTI, E., “Interpretación de la ley y de los actos jurídicos”, en *Revista de Derecho Privado*, trad. de J. L. de los Mozos, Madrid, 1975.

BINDER, A. M., “El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva y destructiva de la prueba penal”, en *Doctrina penal*, nº 49-52, 1990.

BLACK, M., “Probabilidad”, en *Inducción y Probabilidad*, Cátedra, Madrid, 1979.

BOBBIO, N. / CONTE, A., *Derecho y lógica. Bibliografía de lógica jurídica (1936-1960)*, UNAM, México, 1965.

BONORINO, P. R., “Sobre la abducción”, en *Doxa*, nº 14, 1993.

BOREL, E., *Las probabilidades y la vida*, trad. de A. Giralt Pont, Oikos Tau, Barcelona, 1971.

BULYGIN, E., “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, en *Doxa*, nº 9, Alicante, 1991.

- “Dogmática jurídica y sistematización del Derecho”, en ALCHOURRÓN C. / BULYGIN, E., *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- BUNGE, M., *La investigación científica*, Ariel, Barcelona, 1989.
- CABRA APALATEGUI, J. M., *Argumentación jurídica y racionalidad*, en AARNIO, A., *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, n° 15, Dykinson, Madrid, 2000.
- CALVO GONZÁLEZ, J., *El discurso de los hechos*, Tecnos, Madrid, 1993.
- CAPPELLETTI, M., “Riflessioni sulla creativitita della giurisprudenza nel tempo presente”, en *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, 1982.
- *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.
- CAPRETTINI, G. P., “Peirce, Holmes, Popper”, en ECO, U., / SEBEOK, Th. A., *El signo de los tres*, trad. E. Busquets, Lumen, Barcelona, 1989.
- CARACCILO, R. A., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- CASTÁN, J., *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Reus, Madrid, 1947.
- CASTELLANI, P., *Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Il mulino, Bologna, 1992.
- CASTRILLO CRIADO, P., “Introducción al libro de Peirce, Ch. S.”, en *Escritos lógicos*, trad. de P. Castrillo Triado, Alianza Editorial, Madrid, 1968.
- CHALMERS, A. F., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, trad. de E. Pérez Sedeño y P. López Máñez, Siglo XXI, Madrid, 1993.
- COHEN, L. J., “The Logic of Proof”, en *Criminal Law Review*, 1980 (recogida en A. AARNIO y N. MACCORMICK, *Legal Reasoning*, vol. II, Dartmouth, Andershot-Hong Kong-Singapore-Sidney, 1992).
- *The Probable and The Provable*, Clarendon Press, Oxford, 1977.
- COHEN, M. / NAGEL, E., *Introducción a la lógica y al método científico*, t. I, trad. de N. A. Minguez, Amorrortu, Buenos Aires, 1983.
- COMANDUCCI, P., *Asaggi di metaetica*, Giappichelli, Torino, 1992.

CONAN DOYLE, A., “Estudio en Escarlata”, en *Obras completas de Sir Arthur Conan Doyle*, t. II, Hyspamérica, Buenos Aires.

CRANOR, C. / NUTTING, K., “Scientific and Legal Standars of Statistical Evidence in Toxic Tort and Dsicrimination Suits”, en *Law and Philosophy*, vol. 9, n° 2, 1990.

DE ASÍS, R., *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.

– *Sobre el razonamiento judicial*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

– *Jueces y normas*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

DE CASTRO, F., “Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley”, en *Anuario de Derecho civil*, n° 1, vol. XXX, 1977.

DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder judicial*, Ministerio de Justicia, 1989.

DEL RE, M. C., “Probabilità: l’uso giuridico”, en *Diritto e Società*, n° 3, 1987.

DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.

ECHAVE, D. T. / URQUIJO, M. E. / GUIBOURG, R. A., *Lógica, proposición y norma*, Astrea, Buenos Aires, 1991.

ECO, U., *Semiótica y filosofía del lenguaje*, tad. de R. P., Lumen, Barcelona, 1990.

ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. de E. Valentí Fiol, Bosch, Barcelona, 1961.

– “La interpretación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, vol. III, 1986.

ESTANY, A., *Introducción a la Filosofía de la Ciencia*, Barcelona, 1993.

EZQUIAGA GANUZAS, F. J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1987.

FASSONE, E., “Dalla certezza all’ipotesi preferibile: un metodo per la valutazione”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale*, n° 4, 1995.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 1997.

FINKELSTEIN, M. O. / FAIRLEY, W. B., "A Bayesian Approach to Identification Evidence", en *Harvard Law Review*, vol. 83, n° 3, 1970.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas en la Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 10, 1984.

GARCÍA SÁNCHEZ, J. F. / SANZ LLORENTE, F. J., "Génesis y formación de la sentencia. Su forma y estructura interna", en *Poder judicial*, n° 32, 1993.

GIANFORMAGGIO, L., "Certezza del Diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di MacCormick", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n° 2, 1988.

GOLDING, M. P., "A note on Discovery and Justification in Science and Law", en J. R. PENNOCK y J. W. CHAPMAN (ed.), *Justification, Nomos XXVIII*; recogido en A. AARNIO y N. MACCORMICK, *Legal Reasoning*, vol. I, Dartmouth, 1992.

GRACÍA SUÁREZ, A., "Historia y justificación de la inducción", en BLACK, M., *Inducción y probabilidad*, Cátedra, Madrid, 1979.

GRIZE, J-B., "Les raisonnements semi-formels", en *Lire le Droit. Langue, texte, cognition*, sous le direction de D. BOURCIER et P. MACKAY, LGDJ, Paris, 1992.

HAACK, S., *Filosofía de las lógicas*, trad. de A. Antón con la colaboración de T. Orduña, Cátedra, Madrid, 1991.

HADLEY, G., *Probabilidad y estadística. Una introducción a la teoría de la decisión*, trad. de A. García Rocha, Fondo de Cultura Económica, México, 1979.

HASSEMER, W., *Fundamentos de Derecho Penal*, trad. de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984.

HEMPEL, C. G., *Filosofía de la Ciencia Natural*, versión española de A. Deaño, Alianza, Madrid, 1993.

HUME, D., *Investigación sobre el conocimiento humano*, trad. de J. de Salas Ortueta, Alianza Editorial, Madrid, 1990.

IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- KAUFMANN, A., "Preliminary remarks on a legal logic and ontology of relations", en *Law, Interpretation and Reality*, (ed. P. NERHOT), Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1990.
- KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, UNAM, México, 1979.
- *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- KLUG, U., *Lógica jurídica*, trad. de J. C. Gardella, Temis, Bogotá, 1990.
- KNAPP, V., "Some problems of legal language", en *Ratio Juris*, vol. 4, n° 1, 1991.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994.
- LINDLEY, D. V., *Principios de la teoría de la decisión*, trad. de J. M. Bernardo, Vicens Vives, Barcelona, 1977.
- LUMIA, G., "In tema di interpretazione e di applicazione del Diritto", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1966.
- MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A., "La prueba indiciaria", en *La prueba en el proceso penal*, Centro de Estudios Judiciales, Colección Cursos, vol. 12, Madrid, 1993.
- MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., "Decisión jurídica y argumento de autoridad", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. I, Madrid, 1984.
- MENDONCA, D., *Introducción al análisis normativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- *Interpretación y aplicación del Derecho*, Universidad de Almería, 1997.
- MONTESQUIEU., *El espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid.
- NAGEL, E., *Razón soberana*, trad. de J.L.A.G., Tecnos, Madrid, 1966.
- NINO, C. S., *Derecho, Moral y Política*, Ariel, Barcelona, 1994.
- NOZICK, R., *La naturaleza de la racionalidad*, trad. de A. Domènech, Paidós, Barcelona, 1995.

OLLERO, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

PASTOR ALCOY, F., *Prueba indiciaria y presunción de inocencia. Análisis jurisprudencial. Requisitos y casuística*, Editorial Práctica de Derecho, S. L., Valencia, 1995.

PECES-BARBA, G., "La creación judicial del Derecho desde la teoría del Ordenamiento", en *Poder Judicial*, nº 6.

PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, (con la colaboración de R. de ASÍS, C. R. FERNÁNDEZ LIESA y A. LLAMAS), BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995.

PECZENIK, A., *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Boston-London, 1989.

PEIRCE, Ch. S., *Deducción, inducción e hipótesis*, trad. de J. Martí Ruiz-Werner, Aguilar, Buenos Aires, 1970.

PERELMAN, Ch. / OLBRECHT-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de J. Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1994.

PIRAS, A., "Le massime d'esperienza e la motivazione insufficiente", en *Jus*, nº 6, 1955.

POPPER, K. R., *La lógica de la investigación científica*, trad. de V. Sánchez de Zavala, Tecnos, Madrid, 1962.

PRIETO, L., *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

PUIGPELAT, F., *Funciones y justificación de la opinión dominante en el discurso jurídico*, Bosch, Barcelona, 1994.

RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

RAWLS, J., *El liberalismo político*, trad. de A. Domènech, Crítica, Barcelona, 1996.

RAZ, J., *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

RECASÉNS, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México, 1971.

– *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Porrúa, México, 1980.

- REDONDO, M. C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G. R. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974.
- RUIZ MIGUEL, A., “Creación y aplicación en la decisión judicial”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. I, 1984.
- RUIZ VADILLO, E., “Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y la motivación de las sentencias”, en *Poder Judicial*, n° 3, 1986.
- RUSSELL, B., *Los problemas de la filosofía*, trad. de J. Xirau, Labora, Barcelona, 1991.
- RUSSELL HANSON, N., *Patrones de describimiento. Observación y explicación*, versión española de E. García Camarero y A. Montesinos, Alianza Editorial, Madrid, 1985.
- SHAVIRO, D., “Statistical-probability evidence and the appearance of justice”, en *Harvard Law Review*, vol. 103, n° 2, 1989.
- SINCLAIR, K., “Legal Reasoning: In Search of An Adequate Theory of Argument”, en *California Law Review*, 59.
- SOBREL FERNÁNDEZ, J. / PRIETO EDERRA, A., *Psicología y Ley*, Eudema, Madrid, 1994.
- STEIN, L., *El conocimiento privado del juez*, trad. de A. de la Oliva, Universidad de Navarra, Pamplona, 1973.
- TARELLO, G., *L’interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.
- TARUFFO, M., “Elementi per un’analisi del giudizio di fatto”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n° 3, 1995.
- “Le fisonomia delle sentenza in Italia”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Penale*, año XL, 1986.
 - “Modelli di prova e di procedimento probatorio”, en *Rivista di Diritto Processuale*, n° 2, 1990.
 - “Presunzioni, inversioni, prova di fatto”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, n° 3, 1992.
 - *Le prove dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992. Hay traducción al castellano de J. Ferrer, en Trotta, Madrid, 2002.

- *Studi sulla rilevanza delle prove*, CEDAM, Padova, 1970.
- TOULMIN, Stph. / RIEKE, R. / JANIK, A., *An Introduction to Reasoning*, Mamillan, New York, 1984.
- TOULMIN, Stph., *The Uses of Arguments*, Cambridge University Press, 1969.
- TRIBE, “Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process”, en *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971.
- TWINING, W. / MIERS, D., *Come fare cose con regole*, trad. italiana de C. Garbarino, Giuffrè, Milano, 1990.
- VALDÉS, Luis M. L., “Lógica elemental”, en M. GARRIDO (ed.), *Lógica y lenguaje*, Tecnos, Madrid, 1989.
- VEGA TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993.
- VILLAR PALASÍ, J. L., *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Tecnos, Madrid, 1975.
- VOLTAIRE, *Cándido, Micromegas, Zadig*, ed. de ELENA DIEGO, trad. de Elena Diego, Cátedra, Madrid, 1994.
- WESTON, A., *Las claves de la argumentación*, trad. de J. F. Malem Seña, Ariel, Barcelona, 1994.
- WILLIAMS, G., “The Mathematics of Proff. I y II”, en *The Criminal Law Review*, 1979. Recogido en A. AARNIO y N. MACCORMICK, *Legal Reasoning*, vol. II, Darmouth, Andershot-Hong Kong-Singapore-Sidney, 1992.
- WROBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de A. Azurza, Civitas, Madrid, 1985.
- *Sentido y hecho en el Derecho*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.
- ZACCARIA, G., *L’arte dell’interpretazione*, CEDAM, Padova, 1990.

EL RAZONAMIENTO JUDICIAL de Rafael DE ASÍS ROIG
se terminó de imprimir en la
Ciudad de Lima en enero de 2007.