

CAPÍTULO VII

APLICACIÓN DEL DERECHO

1. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN

Muchos pueden ser los intérpretes de los textos normativos, pero sólo un conjunto de individuos se dedica a la *aplicación* del Derecho: los jueces¹.

En efecto, según la definición que hemos dado en el capítulo anterior de "actividad interpretativa" está claro que cualquier persona puede llevarla a cabo: basta con que asigne significado a un texto normativo. Ahora bien, en el ámbito jurídico interesa destacar ciertas clases de interpretación, atendiendo al sujeto que la realiza:

a) *Interpretación auténtica*. Es la que lleva a cabo el mismo autor del texto normativo objeto de interpretación. En un sentido más estricto, se habla de interpretación auténtica en aquellos casos en los que el legislador que ha aprobado una ley incluye su interpretación en otra ley posterior. A esta última se le suele denominar "ley interpretativa".

b) *Interpretación oficial*. Es la que realizan algunos órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones. Por ejemplo, la que desarrolla el Tribunal Constitucional a la hora de interpretar la Constitución.

c) *Interpretación doctrinal*. Es la que efectúan los cultivadores de la llamada dogmática jurídica, que se ocupa de sistematizar las normas de una determinada materia (por ejemplo, Derecho civil, penal, mer-

¹ Aquí dejaremos de lado por simplicidad a los funcionarios de la Administración, los cuales también realizan tareas de aplicación.

canil, etc.). Esta tarea sistemática exige la previa interpretación de los textos normativos y la elaboración de conceptos jurídicos. Ahora bien, esta interpretación y sistematización no se hace únicamente con la función de informar del Derecho vigente en una determinada comunidad (lo que ocurre habitualmente en la enseñanza académica del Derecho), sino que también se realiza con la intención de influir en los órganos judiciales a la hora de que éstos realicen sus propias interpretaciones. Debe quedar claro, sin embargo, que a diferencia de la interpretación judicial, la interpretación doctrinal no tiene por sí misma efectos jurídicos, a menos que sea tomada en consideración por un aplicador del Derecho².

d) *La interpretación estratégica.* Podemos llamar de este modo a la interpretación que llevan a cabo las partes en un proceso. Se justifica que pueda ser tildada de estratégica, ya que la función primordial de cada una de las partes en un proceso es la de vencer, intentado con vencer a los jueces para que resuelvan en el sentido que ellas defienden.

e) *Interpretación judicial u operativa.* Es la que efectúan los órganos jurisdiccionales (jueces y tribunales) antes de poder aplicar el Derecho³.

Puede decirse, pues, que no existe aplicación sin interpretación, aunque puede darse perfectamente el caso de que existan interpretaciones sin aplicación.

La expresión "aplicación del Derecho", al igual que "interpretación jurídica", padece de la ambigüedad proceso-producto. Así, se refiere tanto a la actividad de decidir casos individuales conforme a las normas generales, como al resultado de esa actividad.

Así, pues, la aplicación del Derecho consiste en la *actividad* de pasar de unas premisas (normativas y fácticas) a una conclusión (fallo), y también en el *resultado* de esta actividad (la resolución judicial), integrado por las premisas, la conclusión y la relación entre ellas. A partir de ahora nos interesaremos sólo por la aplicación del Derecho como resultado.

2. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

El resultado de una actividad de aplicación del Derecho es, como acabamos de decir, una resolución judicial (un auto o una sentencia). En ésta se plasmará el resultado de la actividad consistente en decidir casos individuales a partir de normas generales. Ni que decir tiene que es posible aplicar tanto normas *prescriptivas* como normas *cons-*

titutivas, si bien el resultado de la operación será obviamente distinto. Como sabemos (*supra* subapartado 1.1.3. del capítulo III), la aplicación de normas prescriptivas supondrá correlacionar un caso individual con una solución normativa, mientras la aplicación de normas constitutivas supondrá correlacionar un caso individual con otro caso individual. Un ejemplo de aplicación de una norma constitutiva puede ser el siguiente:

Premisa normativa: Todo sujeto que cumpla con las condiciones A y B realiza un testamento ológrafo válido.

Premisa fáctica: El sujeto S ha cumplido con las condiciones A y B.

Conclusión: El sujeto S ha realizado un testamento ológrafo válido.

A partir de ahora, sin embargo, sólo nos vamos a referir a la aplicación de las normas prescriptivas.

Se considera que la aplicación del Derecho ha de estar motivada o justificada, con lo cual se quiere decir que el fallo de una sentencia debe estar basado de forma argumentada en las normas jurídicas aplicables y en una descripción adecuada de los hechos relevantes. En este sentido, el artículo 120.3 de la Constitución establece: «Las sentencias han de estar siempre motivadas y deben pronunciarse en audiencia pública».

Ahora bien, ¿cuándo podemos afirmar que una resolución está justificada desde el punto de vista jurídico? Una resolución judicial está justificada jurídicamente si y sólo si lo está interna y externamente. Veamos, por partes, en qué consisten la justificación interna y externa⁴.

2.1. La justificación interna

Un determinado argumento jurídico está internamente justificado si y sólo si la conclusión (fallo) se deriva lógicamente de las premisas (normativas y fácticas)⁵.

Por tanto, para comprobar si se da este tipo de justificación hay que fijarse únicamente en la validez lógica de la inferencia que permite pasar de las premisas a la conclusión.

Pensemos en un argumento como el siguiente:

Premisa normativa: A todo sujeto que cometa un robo, se le debe cortar la mano.

⁴ La distinción entre justificación interna y justificación externa puede verse en WROBLEWSKI, *op. cit.*, 1974; ALEXI, 1989; AARNIO, 1991; ATTENZA, 1991.

⁵ En relación con la validez lógica, volveremos más adelante al hablar de los límites epistémicos a la justificación de las premisas fácticas (subapartado 3.1.2).

Premisa fáctica: El sujeto *S* ha cometido un robo.

Conclusión: A *S* se le debe cortar la mano.

Este argumento es impecable desde el punto de vista lógico, ya que la conclusión se sigue de las premisas, a través del llamado *modus ponens*⁶. Por tanto, podemos decir que la conclusión está justificada internamente. Pero, ¿es éste un argumento justificado jurídicamente? No lo es, porque, al menos en relación con nuestro sistema jurídico, carece de justificación externa.

Robert ALEXV ha establecido una serie de criterios de corrección de las inferencias, bajo el nombre de reglas de la justificación interna (ALEXY, 1989). Son las siguientes:

1. Para la justificación de una decisión jurídica debe aducirse al menos una norma universal.
2. La decisión jurídica ha de seguirse lógicamente de al menos una norma universal, junto con otras proposiciones.
3. Siempre que haya dudas sobre la subsunción del caso individual en el caso genérico (en nuestro ejemplo: si el sujeto *S* ha cometido un robo o no), debe aducirse una regla que decida la cuestión.
4. En la derivación de la conclusión a partir de las premisas son necesarios tantos pasos como los que permitan formular las expresiones cuya aplicación al caso ya no sea discutible.
5. En dicha derivación se debe articular el mayor número posible de pasos.

2.2. La justificación externa

Mientras que la justificación interna se refiere a la validez lógica que une las premisas con la conclusión de un argumento, la justificación externa consiste en controlar la adecuación o solidez de sus premisas (MACCORMICK, 1978).

Para que el argumento que hemos expuesto anteriormente estuviera justificado externamente, sería necesario que la norma contenida en la primera premisa fuera una *norma aplicable* en el sistema jurídico español actual (que no lo es) y que la segunda premisa fuera la expresión de una *proposición verdadera*.

Así, el argumento podría fracasar desde el punto de vista de la adecuación de las premisas, bien porque en relación con el sistema

⁶ Para un resumen del papel de la lógica como modelo de argumentación correcta, véase MORESIO, 1998b: 43-74.

jurídico en cuestión el robo o no está penalizado o no lo está con la pena a la que se alude en la primera premisa, bien porque no es cierto que *S* haya cometido un robo (o por ambas razones a la vez).

La adecuación de las premisas plantea problemas peculiares, que es preciso tratar con algo más de detenimiento.

3. JUSTIFICACIÓN DE LA PREMISA FÁCTICA

La justificación de una premisa fáctica como "El sujeto *S* ha cometido un robo" exige despejar dos tipos de incógnitas. La primera tiene que ver con los problemas acerca de lo que realmente ocurrió. Estos son los llamados *problemas de prueba*⁷. La segunda, es relativa a la dificultad de establecer criterios para calificar la conducta de *S* como "robo", que origina los llamados *problemas de calificación*.

3.1. Problemas de prueba

Hemos dicho que aquello que justifica una premisa fáctica es que exprese una proposición verdadera. Esta afirmación, sin embargo, conviene matizarla. En el ámbito de la aplicación del Derecho, ni toda manera de alcanzar la verdad está justificada, ni está claro que ésta pueda llegar a conocerse a través del proceso⁸.

Esto nos lleva a la necesidad de tomar en consideración dos tipos de límites a la justificación de las premisas fácticas, que podemos llamar "límites normativos" y "límites epistémicos".

3.1.1. Límites normativos

Lo primero que hay que decir es que la determinación de los hechos depende en gran medida del Derecho. La determinación de la verdad no es el único objetivo de los procesos judiciales y, en todo caso, se suele entender que el respeto a ciertos derechos fundamentales acota considerablemente la actividad permitida para alcanzarla. En concreto, la prueba judicial se halla sujeta a una estricta regulación legal en distintos aspectos.

a) En primer lugar, las normas de un determinado sistema jurídico establecen cuáles son los hechos relevantes. Para la decisión judicial

⁷ Sobre los problemas que plantea la determinación de los hechos en el proceso judicial, véase WROBLEWSKI, 1992: cap. VIII.

⁸ Para un análisis más detallado de estas cuestiones, véase TARUFFO, 1992: cap. V; MEN- DONÇA, 1997; GASCON, 1999; FERRER, 2002.

cial, los únicos hechos que deben ser determinados son aquellos a los que se aplica la norma empleada como criterio de decisión, lo cual entronca con los problemas de calificación que veremos más adelante.

b) En segundo lugar, también se regula jurídicamente los medios de prueba que se considerarían admisibles (testigos, documentos, peritos, etc.), pudiendo éstos cambiar en función del tipo de proceso (civil, penal, laboral, etc.)

c) En tercer lugar, el Derecho también regula la formación de la prueba en el proceso: plazos y forma en que la prueba debe producirse para que tenga consecuencias jurídicas.

d) Por último, también se regulan jurídicamente cuestiones relativas a la valoración de la prueba. Entre tales cuestiones se halla, por ejemplo, el papel que deben asumir las presunciones.

Teniendo en cuenta los citados límites normativos⁹, el problema decisivo pasa a ser entonces el de las elecciones que debe efectuar el juez para seleccionar las premisas fácticas del razonamiento, lo cual comporta un inevitable proceso de *recorte* de la realidad, basándose en el criterio de relevancia asumido.

Ahora bien, hablando estrictamente, esta determinación de los hechos relevantes no alude a hechos propiamente, sino a enunciados acerca de hechos (proposiciones). En el proceso, pues, sólo están presentes descripciones de hechos acaecidos fuera de él, no los hechos mismos. Y estas descripciones toman en cuenta las pruebas aportadas por las partes, que deberán ajustarse a la normativa vigente en cuanto a su producción y a su valoración.

3.1.2. Límites epistémicos

¿Cómo pueden los jueces, si es que pueden, conocer la verdad de las proposiciones que constituyen las premisas fácticas de sus razonamientos, si éstas se refieren a hechos que no presenciaron y sobre los cuales sólo tienen noticia a través de las pruebas aportadas por las partes, de acuerdo con la normativa procesal correspondiente?

Si bien en la investigación judicial las afirmaciones relativas al carácter probatorio de los datos proporcionados por la evidencia frecuentemente son expresadas sin vacilaciones y con un amplio acuerdo de opinión, no puede afirmarse que ellas se basen en una teoría explícita y sólida que suministre criterios generales de prueba.

En lo sustancial, la teoría del Derecho no ha conseguido ofrecer una construcción satisfactoria que proporcione criterios generales de

⁹ Un estudio detallado de estas cuestiones en relación con nuestro sistema jurídico excede las pretensiones de esta obra. Hay que remitirse en todo caso a los análisis más concretos que efectúan los cultivadores del Derecho procesal.

prueba de las proposiciones involucradas en procesos decisivos, a pesar de los avances realizados. A grandes rasgos, sin embargo, es posible detectar en la teoría del Derecho dos concepciones diferentes de la prueba judicial, concepciones a las que denominaremos "deductivista" e "inductivista", respectivamente.¹⁰

Concepción deductivista. De acuerdo con la primera concepción, la proposición *p* está probada basándose en la evidencia *E* si, y sólo si, *p* se deduce lógicamente de *E*¹¹.

Concepción inductivista. De acuerdo con la segunda concepción, la proposición *p* está probada basándose en la evidencia *E* si, y sólo si, *p* es altamente probable en relación con *E*¹².

Es necesario decir algo más sobre las diferencias entre ambos tipos de razonamiento, deductivo e inductivo. Cada tipo de argumento supone la afirmación de que sus premisas proporcionan razones o fundamentos para establecer la verdad de su conclusión, pero sólo un argumento deductivo tiene la pretensión de que sus premisas proporcionan un fundamento concluyente para su conclusión.

Cuando el razonamiento en un argumento deductivo es correcto, lo denominamos "válido"; por el contrario, cuando el razonamiento de un argumento deductivo es incorrecto, lo denominamos "inválido". Podemos definir "validez", entonces, como sigue: un argumento deductivo es válido cuando sus premisas, de ser verdaderas, proporcionan bases concluyentes para la verdad de su conclusión. En un argumento deductivo, pero no así en un argumento inductivo, las premisas y la conclusión se hallan relacionadas de tal modo que resulta absolutamente imposible que las premisas sean verdaderas y la conclusión no lo sea.

En todo argumento deductivo, o bien las premisas apoyan realmente la conclusión, de manera concluyente y definitiva, o no ofrecen ese apoyo. Por tanto, cada argumento deductivo es o bien válido o inválido. Éste constituye un punto relevante: si un argumento deductivo no es válido, entonces es inválido.

Un argumento inductivo, en cambio, tiene una pretensión diferente: no pretende que sus premisas sean fundamentos para la verdad de su conclusión, sino solamente que sus premisas proporcionen cierto apoyo a su conclusión.

Consiguientemente, los argumentos inductivos no pueden ser calificados como "válidos" o "inválidos", en el sentido en que estos tér-

¹⁰ En lo que sigue, nos basaremos fundamentalmente en lo que dice MENDONÇA, 2000a: 193-200.

¹¹ Sostiene esta posición WRÓBLEWSKI, 1989: 174.

¹² Sostiene esta posición FERRAOLI, 1989: 129-30.

minos se aplican a los argumentos deductivos; los argumentos inductivos pueden ser evaluados como "fuertes" o "débiles", de acuerdo con el grado de apoyo que proporcionan sus premisas a sus conclusiones. Así, cuanto mayor sea la probabilidad o verosimilitud que sus premisas confieran a la conclusión, mayor será el mérito de un argumento inductivo. Pero esa probabilidad, aun cuando las premisas sean todas verdaderas, estará bastante lejos, en general, de la certeza.

Además, añadir nuevas premisas puede dar como resultado una variación sustancial en la fuerza del argumento, haciéndolo más fuerte o más débil, dependiendo de las premisas añadidas. Puede suceder, por ejemplo, que en un determinado proceso penal hayan declarado varios testigos, presentados por el Ministerio Fiscal, diciendo cada uno de ellos que reconoce al acusado como quien participó en un determinado atraco a un banco de Barcelona. Parecería que cada una de las declaraciones va añadiendo fuerza a la anterior hasta llevar al Tribunal a un convencimiento razonable de que el acusado realizó los actos que se le imputan. Sin embargo, la defensa presenta un certificado médico, según el cual el acusado se encontraba en la fecha de autos internado en un hospital canadiense. Puede suceder, entonces, que esta única prueba documental pese más en el cómputo global que las pruebas testificales mencionadas y lleve al Tribunal a dictar una sentencia absolutoria.

Hasta ahora hemos tratado los dos tipos de razonamientos y argumentos de manera separada, porque sus principios básicos pueden ser comprendidos más fácilmente de esa forma. Pero lo cierto es que la mayor parte de los razonamientos de la vida cotidiana y de la actividad judicial son una mezcla de deducción e inducción, y al abordar problemas reales se usan ambos tipos en forma combinada.

Con frecuencia comenzamos con el razonamiento inductivo, usamos las conclusiones inductivas como premisas de razonamientos deductivos, integramos las conclusiones deductivas con resultados inductivos adicionales, deducimos nuevas conclusiones, y así sucesivamente. El producto final es, comúnmente, una mezcla de elementos deductivos e inductivos estrechamente ligados. En las controversias jurídicas, la solidez de este producto es lo que determina el éxito o el fracaso.

La cuestión central radica, entonces, en la caracterización del peso de la evidencia necesario para considerar que algo está probado. En general, se estima que el peso de la prueba que se aplica depende del tipo de caso y de las circunstancias que le rodean.

En determinados sistemas jurídicos (por ejemplo, en el sistema estadounidense), se considera que el peso de la evidencia en procesos penales debe ser mayor que en procesos civiles: algunos han repre-

sentado el estándar de valoración de la prueba en procesos civiles con una probabilidad superior al 0,5 (50 por 100) en una escala del 0 al 1, entendiendo por probabilidad los grados de creencia (probabilidad subjetiva); el estándar de valoración en procesos penales no ha sido descrito cuantitativamente por los juristas, pero se estima que en una cuestión criminal no puede utilizarse ese valor mínimo apenas superior a 0,5 como base de la decisión, en función de los bienes en juego, debiendo tal valor ser significativamente mayor que 0,5 y muy cercano a 1.

Un ejemplo puede ilustrar lo que venimos diciendo. Este diferente rasero en la valoración de la prueba es lo que permite explicar supuestos como los del asesinato que se le imputó al famoso jugador de fútbol americano y actor O. J. Simpson. Como es sabido, Simpson fue acusado de asesinar a su esposa. Se llevó a cabo un proceso *penal* en el que se consideró que no habían quedado suficientemente probados los hechos que se le imputaban, por lo que fue absuelto. Posteriormente, en el proceso para determinar la posible responsabilidad *civil*, se consideró que sí que existía la suficiente evidencia para condenarle a pagar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios *por los mismos hechos*, por los que fue absuelto en sede penal. En un caso (*civil*), se consideró justificada la premisa fáctica, mientras que en el otro (*penal*) no.

Puede añadirse a lo anterior que, en realidad, la inferencia probable, como toda inferencia, se basa en ciertas relaciones entre proposiciones: ninguna proposición es probable en sí misma, sino en relación con otras que actúan como elementos de juicio en su favor. Que una proposición tenga un cierto grado de probabilidad sobre la base de determinada evidencia no depende del estado mental del sujeto que la enuncia; una inferencia sólo es probable en la medida en que pertenece a una clase de inferencias, en la cual, la frecuencia con que las conclusiones son verdaderas es una proporción determinada de la frecuencia con que lo son las premisas (MENDONÇA, 2000a: 198).

Acabaremos este apartado recordando que, si después de todo el procedimiento descrito quedan dudas sobre si ha sucedido un determinado evento, nos encontraremos ante lo que denominamos en el capítulo IV (subapartado 2.4.2) "lagunas de conocimiento": casos individuales de los que no se sabe si pertenecen o no a un caso genérico por falta de conocimiento de las propiedades del caso individual.

3.2. Problemas de calificación

Podemos estar razonablemente seguros, a través de las pruebas aportadas, de cuál fue la conducta de S, pero aún nos queda por esta-

blecer si su conducta puede ser calificada de robo o no. Aquí se pone de relieve la incidencia que tiene la vaguedad y la textura abierta de los conceptos de clase o generales para la interpretación y la aplicación del Derecho¹³. Además, podemos comprobar que aunque a esta premisa se le suele denominar fáctica, en muchas ocasiones (como el ejemplo que hemos dado) su verdad dependerá de lo que se dispone en una norma constitutiva, en este caso aquella en la que se define técnicamente "robo".

Supongamos que el delito de robo se define como una acción de apoderamiento que cumpla las siguientes propiedades: 1. De cosas muebles; 2. Ajenas; 3. Con ánimo de lucro; 4. Empleando fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas (así lo define el art. 237 del Código Penal de 1995). Puede darse el caso de que el relato de hechos probados, al que se ha llegado a través de la valoración de las evidencias presentadas por las partes, configure un supuesto que esté en la zona de penumbra en relación con una o varias de esas propiedades. Como ya sabemos, cuando esto suceda, el juez deberá tomar una decisión que se regirá por razones extra lingüísticas.

Por ejemplo, ¿Es una cosa mueble un programa informático? ¿Hay que considerar que existe ánimo de lucro cuando el apoderamiento se realiza para dar el objeto a alguien que lo necesita? ¿Existe intimidación cuando alguien intenta amenazar a un grupo de personas usando una pistola de juguete?

En estos supuestos podemos hallarnos frente a lo que denominamos en su momento (capítulo IV, subapartado 2.4.2) "lagunas de reconocimiento": casos individuales de los que no se sabe si son o no instancias de un caso genérico por falta de determinación de los conceptos que permiten identificar las propiedades del caso genérico.

4. JUSTIFICACIÓN DE LA PREMISA NORMATIVA

Los problemas que pueden surgir a la hora de justificar la premisa normativa son: problemas de interpretación en sentido estricto y problemas de determinación de la norma aplicable.

4.1. Problemas de interpretación en sentido estricto

A la hora de justificar la premisa normativa nos hallamos ante la necesidad de establecer el significado del texto o textos normativos que haya que tomar en consideración para resolver el caso en cuestión.

¹³ Recuérdese lo dicho en el capítulo VI, subapartados 1.4.2 y 1.4.3.

Si esto es así, surgen otra vez los problemas de ambigüedad, vaguedad y textura abierta a los que ya aludimos en el capítulo anterior y sobre los que no volveremos a insistir.

4.2. Problemas de determinación de la norma aplicable

A veces puede ocurrir que, incluso estando de acuerdo con el significado de las expresiones que aparecen en un texto jurídico, en cambio se discripe acerca de si la norma expresada en el mismo es o no aplicable a un determinado caso¹⁴.

Una norma jurídica *N* es aplicable a un caso *C* en relación con un sistema jurídico *S* si, y sólo si, hay otra norma jurídica *N'*, que pertenece a *S*, y prescribe o autoriza a un órgano jurídico *O* determinado a resolver *C* basándose en *N'*¹⁵.

En este sentido, sabemos que las propiedades de pertenencia y aplicabilidad de una norma no coinciden. Por esa razón, junto a las normas que pertenecen a *S* y son aplicables en relación con *S*, existen normas que pertenecen a *S*, pero no son aplicables, así como normas que no pertenecen a *S* pero son aplicables. Traemos de nuevo a colación algunos de estos supuestos¹⁶. Pero añadimos otros nuevos, que ayudarán a apreciar la dimensión del problema de la determinación de la norma aplicable.

4.2.1. Normas pertenecientes, pero no aplicables

Se pueden dar casos en que una norma pertenezca a un determinado sistema jurídico *S*, pero que en cambio no sea aplicable en relación con ese mismo sistema. Un supuesto de este tipo se da en aquellos casos en que una norma ya ha sido promulgada atendiendo al procedimiento previsto (y, por tanto, pertenece a *S*), pero que aún no ha entrado en vigor. El período que va desde el momento de la promulgación y el de la entrada en vigor recibe el nombre de *vacatio legis*. Un juez no puede decidir dentro de este período un caso basándose en esta norma, pero esta norma pertenece al sistema.

Otros supuestos en los que podemos hablar de normas pertenecientes a *S*, pero no aplicables en relación con *S* son los casos de

¹⁴ Sobre este punto, véase BULYGIN, 1982a: 195-214; MORESO; NAVARRO, 1998: 273-291; VILAUSANA, 1997b: 221-234.

¹⁵ Recuérdese las definiciones de pertenencia y aplicabilidad dadas en el capítulo IV, apartado 3.4. La noción de aplicabilidad que damos aquí es equivalente a la ofrecida allí, si bien hemos obviado, en aras a la simplicidad, la referencia a momentos temporales.

¹⁶ Ya lo hicimos al hablar de la diferencia entre pertenencia y aplicabilidad de las normas jurídicas (apartado 3.4 del capítulo IV).

contradicciones o antinomias. En estas circunstancias, nos hallamos ante dos normas que pertenecen a un mismo sistema, pero que no pueden ser aplicadas al mismo tiempo, con lo que se debe decidir cuál de las normas en conflicto será la aplicable. Para resolver esta cuestión se suelen utilizar los llamados criterios de resolución de antinomias, aunque tampoco éstos pueden dar una solución unívoca en cada caso.¹⁷

En este contexto merece una mención especial el problema que plantea la interpretación de los textos normativos que expresan *principios* y su aplicación en caso de conflicto.

Ronald DWORKIN, como sabemos, ha distinguido las reglas de los principios (DWORKIN, 1977)¹⁸. Las reglas se aplicarían según la idea del todo o nada. Esto significa que ante una contradicción de reglas, entre R_1 y R_2 , una vez se haya decidido, mediante algún criterio de resolución de antinomias, que es aplicable una de ellas, por ejemplo R_1 , lo será en todos los casos futuros (hasta su eventual derogación).

Los principios se aplicarían según su dimensión de peso en la argumentación. Dado un conflicto entre los principios P_1 y P_2 , puede suceder que en algún caso se dé más peso a P_1 , mientras que en otro caso posterior el mayor peso se otorgue a P_2 . Muchos de estos principios están consagrados en la Constitución. Esta circunstancia hace que la llamada "ponderación de principios" llevada a cabo por la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional, cobre un especial protagonismo en el Derecho contemporáneo.

Si un determinado sistema jurídico reconoce el derecho a la intimidad (P_1), pero al mismo tiempo quiere asegurar la libertad de información (P_2), es inevitable que surjan casos en los que P_1 y P_2 entren en conflicto. Ahora bien, si en alguna ocasión se decide que prime P_1 , esto no quiere decir que P_2 haya quedado derogado en ese sistema. P_2 puede prevalecer en otras circunstancias. En todo caso, la ponderación llevará a hacerse preguntas tales como: ¿El ámbito de intimidad de los personajes famosos es igual, más amplio o más restringido que el de los que no lo son?; ¿la publicación fotos que se realizan en el jardín de una casa particular están amparadas por la libertad de información?; ¿y las realizadas en un yate en alta mar?; etc.

4.2.2. Normas no pertenecientes, pero aplicables

Se pueden dar casos en que una norma no pertenezca a un determinado sistema jurídico, pero que en cambio sea aplicable en relación

¹⁷ Recuérdese lo dicho en el apartado 2.3 del capítulo IV.

¹⁸ Recuérdese lo dicho en el epígrafe 3 del capítulo III.

con ese mismo sistema. Podemos recordar tres ejemplos muy significativos de este tipo de situaciones.

En primer lugar, en el artículo 2 del Código Penal se dice que, a pesar de que las normas penales no tienen efectos retroactivos, en caso de que entre la comisión del delito y el momento de la sentencia haya una norma en el sistema jurídico más favorable al reo que la vigente en el momento de dictar sentencia, el juez deberá aplicar la norma más favorable. Eso hace que los jueces penales tengan que aplicar en ocasiones normas penales ya derogadas, es decir, normas que ya no pertenecen al sistema jurídico, pero que en cambio son aplicables.

En segundo lugar, existe toda una disciplina jurídica, el llamado "Derecho internacional privado", que se ocupa de estudiar la regulación de aquellos casos en que interviene lo que se denomina el elemento de extranjería. Se puede dar el caso de que, en virtud de las normas que regulan esta materia, que reciben el nombre de "normas de conflicto", un juez español esté obligado a decidir un caso, de acuerdo con las normas jurídicas de un sistema jurídico que no sea el español. En estos casos, pues, el juez estará aplicando normas pertenecientes a otros sistemas jurídicos.

Por último, sin que se den los dos supuestos anteriores, puede suceder que ninguna de las normas que pertenecen a un determinado sistema jurídico sea aplicable a un determinado caso: nos hallamos ante una laguna normativa. El hecho de que exista una laguna normativa no hace desaparecer la obligación del juez de dictar una resolución para resolver el caso. Es la llamada "prohibición de *non liquet*"; el juez no puede abstenerse de resolver un caso alegando que no existe una norma en el sistema que lo regule. Así lo dispone el artículo 1.7 del Código Civil. Ahora bien, si esto es así, resulta claro que por la propia definición de laguna normativa, la norma que utilice el juez para justificar su decisión será una norma que no pertenece a S, sino que será simplemente aplicable. Para justificar la aplicación de esta norma se suele utilizar o bien el argumento *a contrario* en su tercera versión, o bien el argumento analógico, a los que ya se hizo referencia.

5. LA TAREA CREATIVA DE LOS JUECES

Después de todo lo dicho, parece claro que los jueces tienen una amplia discrecionalidad, originada, entre otras razones:

- a) Por los límites que presenta todo lenguaje natural, con su ambigüedad, vaguedad y textura abierta.
- b) Por fenómenos tales como las contradicciones normativas, cuya resolución no siempre se produce por criterios automáticos.
- c) Por el conflicto entre principios que exige una ponderación.

d) Por la presencia de lagunas normativas, las cuales pueden colmarse a través de la utilización de dos argumentos como son el argumento *a contrario* y el analógico que conducen a soluciones totalmente contrapuestas.

Esta *discrecionalidad* tiene el peligro de caer en la *arbitrariedad*, si las decisiones que toman los jueces no están debidamente fundadas en las premisas normativas y fácticas correspondientes y si éstas no se apoyan en razonamientos más o menos compartidos, como los que hemos visto¹⁹. Resulta indispensable, en un Estado de Derecho, que toda decisión judicial explicité las razones en favor de la misma. Sólo así se hace posible el control jurisdiccional por medio de tribunales de rango superior que resuelvan los recursos que las partes puedan plantear; y sólo así se facilita también el control público de todas las resoluciones judiciales, incluidas las de los tribunales de última instancia, a través de la ciudadanía.

Ahora bien, si pasamos del plano de la *justificación* de las decisiones judiciales, en el que nos hemos estado moviendo hasta ahora, al de la *explicación* de los mecanismos psicológicos y sociales que influyen en la toma de decisión de los jueces, hay que advertir el peligro de caer en las viejas simplificaciones formalistas.

Los jueces no son, ciertamente, máquinas que se dediquen a aplicar de forma mecánica a casos individuales las normas generales dictadas por el legislador. Los jueces son, obvio es decirlo, seres humanos y por ello detrás de las decisiones que toman se halla inevitablemente su personalidad.

Como ha puesto de relieve Alf Ross (Ross, A., 1958, ap. XXVIII), los jueces prestan mucha atención a su función social, tomando decisiones que sienten como correctas, de acuerdo con la propia tradición jurídica y cultural a la que pertenecen (lo que este autor llama "conciencia jurídica material"). Como cuestión de hecho, el respeto a la ley ("conciencia jurídica formal") no parece ser el único móvil de sus acciones.

Puede suceder, por tanto, que en ocasiones ambos tipos de conciencia (material y formal) entren en conflicto. Cuando esto sucede, la crítica del juez puede dirigirse contra la decisión en el caso específico, que ve como injusta o inadecuada por alguna razón, pero no contra la norma general; en otros casos, la crítica también puede dirigirse contra la propia norma general. En la medida de lo posible, el juez comprende e interpreta los textos normativos a partir de su conciencia jurídica material, esperando que su decisión sea tomada por la comunidad como justa o, al menos, como socialmente deseable. Si la dis-

crepancia entre la conciencia jurídica material y la conciencia jurídica formal excede de cierto límite, el juez puede llegar a prescindir de restricciones impuestas por el lenguaje e incluso la intención del legislador. En estos casos, la interpretación que ofrece no pretende ser una precisión de lo dispuesto por el legislador, sino lisa y llanamente un cambio respecto a la interpretación que se ofrecería si sólo se persiguiese la averiguación del significado del texto normativo. De ahí que pueda afirmarse que la decisión a la que llega un juez suele ser la combinación de elementos cognoscitivos y actitudes valorativas.

Por eso, podemos concluir este capítulo con una frase del juez Bernard Botstein, que resume esa inevitable vertiente valorativa que en muchos casos tiene la difícil tarea jurisdiccional desarrollada por seres humanos:

«El juez indaga primero en los hechos, luego indaga en el Derecho y por último escudriña su alma. Si las tres pesquisas apuntan en la misma dirección, su tarea será fácil, pero si divergen, no podrá ir muy lejos» (Citado en Ross, A., 1958: 146, n. 20).

Lecturas recomendadas

Un planteamiento general de la relación entre interpretación y aplicación del Derecho se encuentra en MENDONÇA, 1997 y, con mayor detalle, en HERNÁNDEZ MARÍN, 1999. Un análisis muy completo de los problemas de la justificación de la premisa fáctica en las decisiones judiciales puede hallarse en TARUFFO, 1992, mientras que en FERRAROLI, 1989 se encontrará un estudio interesante de la cuestión general de la justificación de las decisiones.

¹⁹ Sobre la creación judicial del Derecho puede verse PRIETO, 1987: capítulos III y IV.