

3	(3) $\forall x H''x \rightarrow H'x$	
4	(4) $H''a$	
1	(5) $Fa \rightarrow OGa$	E $\forall$ 1
2	(6) $H'a \rightarrow Fa$	E $\forall$ 2
3	(7) $H''a \rightarrow H'a$	E $\forall$ 3
3, 4	(8) $H'a$	E $\rightarrow$ 4, 7
2, 3, 4	(9) Fa	E $\rightarrow$ 6, 8
1, 2, 3, 4	(10) OGa	E $\rightarrow$ 5, 9

Estos modelos de justificación se corresponden con los descritos por Alexy (1989) como formas de la justificación interna, a las que Alexy añade cinco reglas de la justificación interna, que sólo son, dicho de manera genérica, criterios de corrección de las inferencias. Son las siguientes:

- 1) Para la fundamentación de una decisión jurídica se debe aducir al menos una norma universal.
- 2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.
- 3) Siempre que haya dudas sobre si a es un F o un H , se debe aducir una regla que decida la cuestión.
- 4) En la derivación son necesarios tantos pasos como los que permitan formular las expresiones cuya aplicación al caso no sea ya discutible.
- 5) En la derivación se debe articular el mayor número posible de pasos.

2. Casos difíciles y justificación externa

En este apartado nos ocuparemos de la solidez de las premisas de un argumento jurídico, de la justificación externa. Ahora ya sabemos cuándo un argu-

mento jurídico está internamente justificado.²² Cuando tenemos dudas sobre cuáles son las premisas adecuadas para fundamentar una decisión jurídica determinada, podemos decir que tenemos un *caso difícil*.

De acuerdo con los problemas que les pueden causar, clasificaremos los casos difíciles de la siguiente manera: los problemas pueden afectar o bien a las *premisas normativas* (la *quaestio iuris*) o bien a las *premisas fácticas* (la *quaestio facti*):²³

1) Por lo que se refiere a la *quaestio iuris*, los problemas son de dos tipos:

- Problemas de determinación de la norma aplicable.
- Problemas de interpretación *sensu stricto*.

2) Con respecto a la *quaestio facti*, los problemas también son de dos tipos:

- Problemas de prueba.
- Problemas de calificación.

2.1. La *quaestio iuris*

Un caso es difícil por lo que se refiere a la *quaestio iuris* cuando tenemos dificultades para determinar cuál es (o cuáles son) la norma (o normas) que debemos usar como fundamento de nuestra decisión. Ahora veremos qué tipo de dificultades pueden surgir aquí.

2.1.1. Problemas de determinación de la norma aplicable

A veces, los juristas no tienen ninguna dificultad a la hora de determinar la norma aplicable a un caso concreto. Entonces el caso es fácil. Sin embargo, en los casos interesantes podemos encontrar una serie de problemas. A veces no te-

22. Cuando la conclusión deriva lógicamente de las premisas.

23. Esta clasificación se debe a: N. McCormick (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.

nemos ninguna duda con respecto al significado de determinados textos legales, pero no sabemos si son aplicables al caso. Eso puede ocurrir porque no diferenciamos con demasiada claridad dos propiedades de las normas:

1) *Pertenencia a un sistema jurídico*: una norma jurídica N pertenece a un sistema jurídico S si, y sólo si:

- Es una norma originaria (por ejemplo, pertenece a la Constitución de S).
- O bien existe otra norma N' que autoriza a un órgano O a promulgar N , y O ha promulgado N y ningún otro órgano autorizado ha derogado N .
- N es una consecuencia lógica de una norma que pertenece a S .

2) *Aplicabilidad*: una norma jurídica N es aplicable a un caso C en relación con un sistema jurídico S si, y sólo si:

- Existe otra norma jurídica N' , que pertenece a S , y prescribe o autoriza a un órgano jurídico O determinado a resolver un caso basándose en N .

Así, a pesar de las apariencias, la pertenencia y la aplicabilidad no coinciden necesariamente. Existen normas que pertenecen a un sistema jurídico y no son aplicables; en cambio, hay normas que no pertenecen a un sistema jurídico, pero que son aplicables:

1) Normas que pertenecen a S , pero que no son aplicables en relación con S

Un ejemplo de este supuesto se encuentra en aquellas normas que ya han sido promulgadas (sancionadas y publicadas), pero que aún no han entrado en vigor. Un juez no puede decidir un caso basando el fallo en una norma que todavía no está vigente: esta norma no es aplicable. En cambio, esta norma pertenece al sistema jurídico, como se demuestra en el hecho de que tiene perfecto sentido derogarla.²⁴ Este supuesto no plantea problemas graves. De todas maneras, es indicativo de otros casos más problemáticos: los casos de antinomias normativas, que veremos a continuación.

24. Y sólo se derogan las normas que pertenecen al sistema jurídico.

Existe una antinomia (o una contradicción normativa) en un sistema jurídico S si, y sólo si, dos normas, N' y N'' , regulan el mismo comportamiento con soluciones normativas incompatibles. Así, el artículo 1323 de la anterior Ley de enjuiciamiento civil establece lo siguiente:²⁵

“La declaración de quiebra podrá solicitarla el mismo quebrado o cualquier acreedor legítimo cuyo derecho proceda de obligaciones mercantiles.”

Por otro lado, el artículo 875 del Código de comercio establece:

“Procederá la declaración de quiebra: 1. cuando la pida el mismo quebrado y 2. ante solicitud fundamentada de acreedor legítimo.”

Estos dos artículos conceden claramente al quebrado la facultad de solicitar la declaración de quiebra, pero no queda tan claro a quién más la conceden:

- Según la Ley de enjuiciamiento civil, tienen esta facultad los acreedores legítimos cuyo derecho (contra el quebrado) proceda de obligaciones mercantiles; por tanto, los acreedores cuyo derecho proceda de obligaciones civiles no tienen la facultad de solicitar la quiebra (y su demanda debe ser rechazada).
- En cambio, según el Código de comercio, todos los acreedores, incluidos aquellos cuyo derecho procede de obligaciones civiles, tienen la facultad de solicitar la quiebra.

Entonces, ¿qué debe hacer un juez con la demanda de solicitud de quiebra que presenta un acreedor, cuyo derecho procede de obligaciones civiles?

- Si estima la demanda, de acuerdo con el Código de comercio, viola la norma de la Ley de Enjuiciamiento civil.
- Si desestima la demanda, de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento civil, viola el Código de comercio.

El juez no puede cumplir las dos normas. Si cumple una norma, necesariamente (por eso es una contradicción lógica) viola la otra norma. Por tanto, las

25. Véase este caso, y muchos otros interesantes para la argumentación jurídica, en: Varios autores (1996). *Prácticas de introducción al derecho*. Madrid: Tecnos.

dos normas no se pueden aplicar a este caso, aunque ambas pertenecían al sistema jurídico español.

Este caso ha sido resuelto por la Audiencia Provincial de Palencia en el Auto de 30 de septiembre de 1992 según el criterio *lex posterior derogat priori*, dado que el Código de comercio se promulgó el 22 de agosto de 1885, mientras que la anterior Ley de Enjuiciamiento civil se promulgó el 3 de febrero de 1881 (dicha Ley ha sido derogada por la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, Ley 1/2000, de 7 de enero). El Tribunal resuelve aplicando el Código de comercio y reconociendo, por tanto, a un acreedor –cuyo derecho procedía de obligaciones civiles– la facultad de solicitar la quiebra.

Podemos apreciar que, en general, en caso de presencia de una antinomia en un sistema jurídico, dos normas pueden pertenecer perfectamente al sistema pero, aun así, no se pueden aplicar las dos. Cuando eso sucede, necesitamos algunos criterios para resolver la antinomia, es decir, para determinar cuál de las dos normas en contradicción es aplicable. Por lo que se refiere a este hecho, en teoría del derecho se han presentado, habitualmente, tres posibles criterios:

1) *Lex posterior derogat priori*

Este criterio, llamado *criterio cronológico*, establece que, en caso de antinomia entre dos normas, prevalece la que se promulgó en último lugar. Así, por ejemplo, el Código civil dice:

Artículo 2.2

“Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá a todo lo que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recuperan la vigencia las que ésta hubiera derogado.”

2) *Lex superior derogat inferiori*

Según este criterio, llamado *criterio jerárquico*, en caso de antinomia entre dos normas, la superior prevalece ante la inferior. Así, una norma de la Constitución prevalece sobre una norma del Código penal, y una norma del Código penal prevalece sobre una disposición reglamentaria, etc. Este criterio se ha constitucionalizado en el artículo 9.3 de nuestro texto constitucional.

3) *Lex specialis derogat generali*

Según este criterio, llamado *criterio de especialidad*, en caso de antinomia entre dos normas, la especial prevalece sobre la general. Quizá merece la pena determinar con más claridad cuándo una norma N es especial en relación con otra norma N' . Supongamos estas dos normas (representadas simbólicamente):

$$N: \forall x (F'x \rightarrow OGx)$$

$$N': \forall x (F''x \rightarrow PhGx)$$

Dos normas, como N y N' , tienen la relación de especialidad si, y sólo si, todos los casos que se pueden subsumir en el antecedente de la especial se pueden subsumir también en el de la general, pero no necesariamente al revés.

Así, la norma que castiga el asesinato es especial con respecto a la norma que castiga el homicidio, dado que todos los asesinatos son también homicidios, pero no al revés. Podemos expresar esta idea formalmente de la manera siguiente:

$$\forall x (F''x \rightarrow F'x)$$

En la regulación del concurso de leyes, el Código penal establece lo siguiente:

Artículo 8.1

“El precepto especial se aplicará con preferencia al general.”

¿Sirven estos criterios para resolver todos los problemas de antinomias y todos los conflictos de aplicabilidad? La respuesta es no. Dejando ahora de lado la

fuerza de estos criterios por ellos mismos,²⁶ se debe destacar que estos criterios también pueden entrar en conflicto entre sí:

- Es posible que una norma anterior y superior sea antinómica con respecto a otra norma posterior e inferior.
- Es posible que una norma anterior y especial sea antinómica con respecto a otra norma posterior y general.
- Es posible que una norma superior y general sea antinómica por lo que se refiere a una norma inferior y especial.

Parece que el criterio más débil es el cronológico, y el más fuerte, el jerárquico. El criterio jerárquico siempre gana al cronológico, pero en otros casos ya no está tan claro: el criterio de especialidad a veces gana y a veces pierde frente al cronológico, y sucede lo mismo entre el criterio jerárquico y el de especialidad.²⁷

De todos modos, es importante percatarse de que, en caso de antinomia, al órgano aplicador del derecho le hace falta algún criterio para determinar qué norma es aplicable y, por tanto, cuál –aunque forme parte del sistema jurídico– no es aplicable. Hay que darse cuenta de que las máximas que expresan estos principios pueden inducirnos a confusión: hablan de derogar, pero se deben entender como criterios de aplicación prevaleciente. En el supuesto de aplicación del criterio cronológico se puede hablar de derogación, pero eso no tiene sentido en el supuesto de aplicación del criterio de especialidad.²⁸

2) Normas que no pertenecen a *S*, pero que son aplicables en relación con *S*

En los párrafos anteriores hemos visto casos de normas que pertenecen a un sistema jurídico, pero que no son aplicables.²⁹ Ahora veremos supuestos de normas que no pertenecen a un sistema jurídico, pero que sí que son aplicables:

26. No se puede descartar la posibilidad de un conflicto entre normas promulgadas al mismo tiempo, del mismo rango jerárquico y sin relación general y especial.

27. N. Bobbio (1990). “Sobre los criterios para resolver antinomias” (traducción de A. Ruiz Miguel, ed. original 1964). *Contribuciones a las teorías del derecho*. Madrid: Debate.

28. Por ejemplo, la norma que castiga el asesinato no deroga (en el sentido de eliminar del sistema) la norma que castiga el homicidio.

29. Hemos insistido en los casos de antinomia.

Empezaremos recordando que el artículo 2 del Código penal establece que, aunque 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 condenado que la vigente en el momento de dictar la condena, entonces el juez tendrá que aplicar normas penales ya derogadas; se trata de normas que, aunque ya no pertenecen al sistema jurídico, son aplicables.

Existen otros supuestos: toda una disciplina jurídica, el derecho internacional privado, se ocupa de estudiar la regulación de aquellos casos en los que interviene lo que se denomina *elemento de extranjería*. Es posible que, en virtud de las normas que regulan esta materia, llamadas *normas de conflicto*, un juez español esté obligado a decidir un caso³⁰ de acuerdo con las normas de otro sistema jurídico³¹. En estos casos, una norma que no pertenece al sistema *S* es aplicable en el sistema *S*.

Nos referiremos a un caso especialmente importante de este tipo: el caso en que ninguna de las normas que pertenecen al sistema *S* es aplicable a un determinado supuesto porque nos encontramos ante lo que se denomina una *laguna normativa*. Hay una laguna normativa en un sistema jurídico *S* cuando un supuesto de hecho determinado no tiene asignada ninguna consecuencia normativa en el sistema *S*.

Los artículos 453 y 454 del Código civil regulan el supuesto en que un poseedor *A* de una cosa, que ha efectuado con ella determinados gastos, es vencido por otro poseedor *B*, que tiene un título mejor. Y regulan estos supuestos teniendo en cuenta, por un lado, que los gastos sean necesarios, útiles o suntuarios y, por otro lado, que el poseedor vencido lo sea de buena o mala fe:

a) El Código civil atribuye determinadas consecuencias jurídicas en caso de que *A* efectúe gastos necesarios de buena o mala fe, y gastos suntuarios de buena o mala fe.

b) Ahora bien, en el caso de gastos útiles sólo regula el supuesto de que el poseedor lo sea de buena fe. ¿Cuál es el estatus de los gastos útiles que *A*, posee-

30. Por ejemplo: un caso en el que se ponga en duda la validez de un testamento por falta de capacidad del testador como, por ejemplo, un italiano que tenía su residencia en España.

31. Por ejemplo, según las normas sobre capacidad para testar del CC italiano.

dor de mala fe, ha efectuado en la cosa? El Código civil guarda silencio sobre este punto. Éste es un caso paradigmático de laguna normativa.

¿Cómo debe resolver el juez este caso? La respuesta de la mayoría de los juristas sería mediante la *aplicación analógica de las normas*. Analizaremos este argumento más adelante. Ahora es suficiente con que quede claro que, en el caso de laguna normativa, el juez debe aplicar alguna norma que no pertenezca al sistema jurídico, precisamente porque la laguna normativa se define como la ausencia de una norma, en el sistema jurídico, que prevea una solución para aquel caso.

2.1.2. Problemas de interpretación *sensu stricto*

En ocasiones, la *quaestio iuris* se plantea porque no sabemos cómo asignar significado a determinados textos normativos, porque tenemos dudas sobre cómo se debe interpretar un texto determinado. Los casos de ambigüedad son casos sintomáticos de problemas de interpretación.

Recordemos un ejemplo del capítulo “Una introducción a la argumentación”: el artículo 1346.7 del Código civil establece que son bienes privativos de cada cónyuge la ropa y los objetos de uso personal que no tengan un valor extraordinario. Con la lectura de este texto nos queda la duda de si toda la ropa es bien privativo o sólo lo es la ropa que no tiene un valor extraordinario. (¿Qué podemos decir de un abrigo de diez millones de pesetas?)

El gran jurista Friedrich Karl von Savigny³² (1779-1861) distinguió cuatro elementos en la interpretación jurídica:³³

- El *elemento gramatical*: las relaciones gramaticales entre los componentes del texto interpretado.
- El *elemento histórico*: el contexto histórico en que se creó el texto interpretado.
- El *elemento lógico*, en el sentido de descomposición del pensamiento del legislador en sus diferentes partes.

32. F. K. von Savigny (1840). *Systems des heutigen römischen Rechts, I*. Aalen: Scientia. Traducción al castellano de J. Messia; M. Poley. *Sistema de derecho romano actual* (vol. I, pág. 187-189). Madrid: Góngora.

33. El artículo 3.1 del CC evoca, todavía parcialmente, esta doctrina de los elementos de la interpretación.

- El *elemento sistemático*: el resultado de las relaciones que existen entre varios textos referidos a aquella materia.

No obstante, haremos referencia sólo a un aspecto de esta clasificación: ¿qué se debe tener en cuenta a la hora de interpretar un texto normativo? ¿Se tiene que valorar la intención de la autoridad que lo creó, o más bien debemos prescindir de esta intención? Esta pregunta da lugar a dos concepciones, tradicionalmente enfrentadas, de la interpretación jurídica:

a) La *doctrina subjetiva de la interpretación*, según la cual los textos normativos se deben interpretar tratando de recuperar la intención del legislador.

b) La *doctrina objetiva de la interpretación*, que hace referencia a la voluntad de la ley, contraponiéndola a la voluntad del legislador. Pero ¿qué significa la voluntad de la ley? Supondremos que significa entender un texto normativo de acuerdo con las circunstancias del momento en que se tenga que aplicar.

La discusión ha tenido un resurgimiento importante en la cultura jurídica de Estados Unidos: ¿cómo se debe interpretar la Constitución americana? Se tiene que interpretar de acuerdo con las intenciones originarias³⁴ de los padres del texto constitucional o de acuerdo con el significado del texto en el momento en que se aplica?³⁵

Sólo nos referiremos a un aspecto de esta polémica. Aceptamos que la intención de las autoridades normativas tiene algún papel en la interpretación de un texto normativo, que existe algún tipo de recuperación de la intención que tiene que ver con la interpretación. Pero ¿con qué grado de abstracción debemos recuperar la intención de las autoridades normativas? Cuando las autoridades normativas usan cláusulas abstractas, ¿las tenemos que entender de la misma manera que lo hacen ellas?

- La Constitución americana prohíbe las penas crueles e inusuales. Para averiguar si el texto constitucional americano prohíbe la pena de muerte, ¿tenemos que saber si los padres de la Constitución creían que la pena de muerte

34. Por eso, en Estados Unidos, esta concepción se llama *originalismo*.

35. Véase una buena presentación del debate y una clara posición no originalista en: R. Dworkin (1994). *El dominio de la vida* (cap. 5, traducción de R. Caracciolo; V. Ferreres, ed. original 1993). Barcelona: Ariel. V. Ferreres Comella (1997). *Justicia constitucional y democracia* (cap. 3). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. J. J. Moreso (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución* (cap. 5). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

era cruel (que no lo creían) o tenemos que tratar de averiguar de otra manera si la pena de muerte es cruel (independientemente de lo que ellos opinaran)? ¿Cuál es, por lo tanto, el grado de abstracción en el cual tenemos que recuperar la intención del legislador?

- El artículo 1449 de la anterior Ley de Enjuiciamiento civil declara inembargables “los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a la que se dedique el deudor. ¿Cómo debíamos interpretar la expresión “instrumentos necesarios”? ¿La debíamos interpretar de acuerdo con la intención detallada del legislador de finales del siglo XIX o de acuerdo con su sentido más abstracto? Si la interpretábamos de acuerdo con el sentido más detallado, es obvio que un ordenador no sería un instrumento necesario para el ejercicio de una profesión: el legislador del siglo XIX no podía ni siquiera pensar en ordenadores (la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, en su art. 606.2, establece lo siguiente respecto a este punto: ‘los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a la que se dedique el deudor, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada’).

Creemos que se impone la solución contraria: es necesario recuperar la autoridad normativa que creó un texto usando el nivel de abstracción que le otorgó:

- Cuando el legislador usa expresiones detalladas³⁶, sólo podemos interpretar el texto siguiendo sus pautas.
- Cuando el legislador usa expresiones abstractas, debemos recuperarlas “abstractamente”.

De esta manera, las constituciones se deben interpretar en el grado de abstracción adecuado. El hecho de usar conceptos más abstractos permite más flexibilidad a la hora de aplicarlos. Y la flexibilidad es también un valor importante.³⁷

36. Por ejemplo, cuando la vigente Ley de Enjuiciamiento civil, en su art. 607.1, establece que es inembargable “el salario, sueldo, pensión, retribución o equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional”.

37. Las constituciones acostumbran a contener muchos conceptos abstractos, muchos conceptos esencialmente controvertidos. Consúltense en este sentido el “Una introducción a la argumentación”.

La teoría subjetiva es criticable por muchas otras razones: a veces no hay ninguna manera de saber cuál fue la intención de determinadas autoridades; a veces las autoridades, que suelen ser un cuerpo colegiado, tienen intenciones en pugna, etc. Por tanto, incluso aceptando la teoría subjetiva, ésta debe hacer tantas concesiones que, al final, no se puede mantener.

De hecho, esta polémica entre la doctrina subjetiva y la objetiva de la interpretación es especialmente importante en los sistemas jurídicos que tienen establecido –como el nuestro– un control de constitucionalidad. ¿Cuáles deben ser los límites del Tribunal Constitucional cuando interpreta la Constitución? Se debe tener en cuenta que, en este caso, el Tribunal puede anular normas que se han promulgado de manera democrática y, por tanto, su actividad se tiene que justificar sin que afecte a los principios democráticos.

No obstante, ésta es una cuestión de derecho constitucional y de teoría de la democracia (¿cuál es la concepción más adecuada de la democracia?) sobre la que no diremos nada más.

2.2. *La quaestio facti*

Es posible que nuestras dudas sobre la solidez de las premisas no afecten a las premisas normativas, sino que afecten a las premisas descriptivas de los hechos del caso. Ya hemos dicho que estas dudas pueden ser de dos tipos:

- 1) Pueden ser producidas por la falta de conocimiento sobre lo que realmente ocurrió.
- 2) Pueden ser producidas por la falta de criterios sobre cómo se debe calificar un comportamiento determinado.

2.2.1. Los problemas de prueba

Los problemas de prueba son centrales en los casos penales. El hecho de saber si una persona llevó a cabo realmente los comportamientos que el Código penal califica como delito es, obviamente, necesario para tener un argumento exter-

namente justificado. Eso quiere decir que la proposición o las proposiciones que describen los hechos del caso deben ser verdaderas: se deben referir a determinados acontecimientos que realmente ocurrieron.

Veamos los problemas que eso plantea:

1) ¿Cuándo podemos estar seguros de que un hecho ocurrió realmente?

A menudo pensamos que una proposición es verdadera y, posteriormente, descubrimos que era falsa. ¿Cuándo podemos creer en la verdad de determinadas proposiciones? Los lectores de novelas policíacas saben que muchas veces las informaciones nos engañan, que determinados hechos parecen indicios de una cosa y lo son de otra, que las personas mienten, etc. Éste es un problema muy importante.³⁸

De hecho, no es un problema sólo del proceso judicial, sino de todas nuestras creencias; es un problema importante de filosofía de la ciencia. Nunca estamos seguros de la verdad de nuestras aserciones, excepto de la verdad de las tautologías³⁹; sólo podemos construir teorías que den criterios en favor de la verosimilitud de nuestras creencias. Una creencia verosímil puede ser falsa; por eso todas nuestras creencias son creencias revisables, aunque no podamos revisarlas todas a la vez.

En nuestro sistema jurídico existe el denominado *recurso extraordinario de revisión*, que en el caso del proceso penal es procedente, entre otros motivos, cuando:

Artículo 955, 4 LECr

“Después de la sentencia condenatoria sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de manera que evidencien la inocencia del condenado.”

2) ¿Existen criterios para asegurar la verosimilitud de nuestras proposiciones?

38. Recuérdese el caso de Dimitri Karamazov: aunque todos los hechos inducían a pensar que Dimitri era el autor de la muerte de su padre, no lo era.

39. La verdad de las tautologías es totalmente segura pero nada informativa; dicho en términos de apuesta, para la verdad de una tautología podríamos apostar toda nuestra fortuna, incluso nuestra cabeza.

Ésta es una cuestión muy discutida en filosofía de la ciencia y en teoría de la prueba:

- Hay quien piensa que podemos atribuir probabilidades a las proposiciones y así, mediante la inducción, elaborar un argumento que las fundamente. Un argumento inductivo es un argumento que no fundamenta la verdad de la conclusión si las premisas son verdaderas, sino que conecta las premisas con un grado determinado de probabilidad de la conclusión. Es posible que las premisas sean verdaderas y la conclusión falsa, pero eso es muy poco probable.
- Hay quien piensa que todo lo que podemos hacer es conjeturar hipótesis y articular pruebas para rechazarlas. Volvemos a las novelas policíacas: los detectives (como Sherlock Holmes) imaginan hipótesis atrevidas y las ponen a prueba. Éste es el modelo de conocimiento científico de Karl Popper (1902-1993), para quien la inducción no es un buen modelo de método científico.⁴⁰

Así pues, disponemos de varios criterios de verosimilitud, pero lo más importante es no olvidar que *verosimilitud* no es sinónimo de verdad.

Por otro lado, en el proceso no vale cualquier método de prueba. Hay determinados principios que se deben respetar: la presunción de inocencia, el derecho al silencio del acusado, etc. Éstas son limitaciones a nuestra capacidad de descubrir la verdad en el proceso, pero son limitaciones que provienen de principios que consideramos muy valiosos. En virtud de estos principios, estamos dispuestos a dejar sin condena a algunos culpables, porque sabemos que es la única manera de no condenar a algunos inocentes.⁴¹

En los procesos civiles, por otro lado, con frecuencia existen otros elementos que condicionan la prueba de los hechos. Seleccionaremos sólo uno: la presencia de presunciones. Las presunciones no aseguran la verdad, pero disminuyen

40. Para ampliar la noción de argumento inductivo véase: I. M. Copi (1994). *Introducción a la lógica* (3.ª parte). Buenos Aires: Eudeba. El modelo de conocimiento científico de Karl Popper se encuentra en el libro: K. Popper (1967). *La lógica de la investigación científica* (traducción de V. Sánchez de Zavala, ed. original 1934). Madrid: Tecnos.

41. Un libro muy recomendable, no sólo por lo que se refiere a la prueba, sino también en relación con la cuestión general de la justificación de las decisiones, es el siguiente: L. Ferrajoli (1989). *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza. Traducción al castellano: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (1995). Madrid: Trotta.

el tiempo de duración de los procesos. Es importante recordar que, a diferencia de los científicos, los jueces no tienen todo el tiempo del mundo para tratar de descubrir la verdad. El proceso judicial debe llegar a decisiones, existe para poner fin a las controversias que hay en una sociedad.⁴²

2.2.2. Los problemas de calificación

También es posible que un caso sea difícil no porque nos falte información sobre los hechos, sino porque nos falten criterios para saber si un determinado caso individual se puede subsumir o no en el caso genérico descrito en la norma. La fuente del problema es aquí la vaguedad de las reglas generales.

Aquí tenemos un caso. *A* se encuentra con *B* una noche por la calle, le amenaza y le roba la cartera. *A* lleva un sombrero que impide verle los ojos, pero no se cubre la cara con nada. ¿Se puede aplicar a *A* el agravante de disfraz que prevé el artículo 22.2 del Código penal? Los hechos del caso, suponemos, están muy claros: sabemos perfectamente cómo iba vestido *A*, pero no tenemos claros los criterios de uso de la expresión *disfraz*. No es que nunca sepamos aplicar la palabra. Está claro que una persona con un antifaz y vestido de mosquetero va disfrazado. Pero ¿la persona que lleva un “sombrero-que-no-deja-verle-los-ojos” se puede subsumir (*F'*) en el predicado “llevar un disfraz” (*F''*)?

No existe ningún conocimiento de los hechos que nos pueda ayudar a determinar esta cuestión. Es un problema de nuestras reglas semánticas; es un problema –podríamos decir– de nuestras definiciones estipulativas. El problema es saber si debemos adoptar una regla de significación como ésta:

$$\forall x (F'x \rightarrow F''x)$$

42. Sobre el tema de la prueba en derecho, se pueden encontrar los siguientes libros en castellano: J. Wróblewski (1989). *Sentido y hecho en el derecho*. San Sebastián: Servicio Editorial del País Vasco. D. Mendoca (1997). *Interpretación y aplicación del derecho*. Almería: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería. En italiano hay un libro excelente: M. Taruffo (1992). *La prova dei fatti giuridici*. Milán: Giuffrè (traducción castellana de Jordi Ferrer, *La prueba de los hechos*, Madrid: Trotta, 2002). Puede verse también Jordi Ferrer (2002). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Eso ya no depende de cómo es el mundo. Depende de cómo hablamos sobre el mundo, de cómo nuestros conceptos recortan el mundo. Sabemos ya que la vaguedad es una propiedad de todos nuestros conceptos; por tanto, los problemas de calificación podrán estar presentes cuando tratemos de justificar externamente un argumento jurídico. En los casos de la zona de penumbra, será difícil justificar el uso de una u otra regla y, al menos en algunos casos, quedará en manos de una definición que deberá ser estipulativa. En este contexto, vale la pena referirse brevemente a un tipo de interpretación denominada la *interpretación correctiva*.⁴³ Tiene dos formas:

- La *interpretación extensiva*. Es la que amplía el significado de las palabras del texto normativo para incluir algunos de los casos de la zona de penumbra de estas palabras.
- La *interpretación restrictiva*. Es la que restringe el significado de las palabras del texto normativo para excluir algunos de los casos de la zona de penumbra de estas palabras.

Dicho de otro modo: el hecho de que una interpretación sea extensiva o restrictiva depende de cómo construimos las diferentes *reglas de subsunción*:

- *Reglas de subsunción estrictas*, que sólo subsumen los predicados de los casos paradigmáticos y producen interpretaciones restrictivas.
- *Reglas de subsunción laxas*, que subsumen también predicados de la zona de penumbra de un término y producen interpretaciones extensivas.

Así, si decimos que el predicado “llevar un sombrero-que-no-deja-verle-los-ojos” está incluido en el predicado “llevar un disfraz”, interpretamos extensivamente el artículo del agravante penal de disfraz; en cambio, si decimos que está excluido, lo interpretamos restrictivamente.

43. Recomendamos, muy especialmente para esta cuestión, la lectura del texto siguiente: C. E. Alchourrón y E. Bulygin (1991). “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”. *Análisis lógico y derecho* (pág. 303-328). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.