

La resolución de problemas jurídicos (*)

por

GERMÁN GALLEGU DEL CAMPO

Doctor en Derecho

Registrador de la Propiedad

Un problema es una cuestión a la que se busca una explicación o respuesta adecuada (1); una cuestión que se trata de aclarar o una dificultad de solución dudosa (2). Ahora bien, los problemas jurídicos presentan, además, características específicas:

- a) Son problemas mal estructurados o mal definidos, porque la situación inicial, las cuestiones que se suscitan y las normas o instituciones a considerar, se nos aparecen de una forma equívoca y confusa (3).
- b) Participan de las peculiaridades que presentan los problemas en el ámbito de las ciencias sociales: son problemas condicionados por las fuentes de información y su resolución comporta necesariamente la realización de juicios de valor (4).
- c) No existe un procedimiento generalmente aceptado ni un criterio seguro para saber si la solución es adecuada, y por ello no suele haber

(*) El presente estudio toma por base el Discurso de Ingreso en la Academia Asturiana de Jurisprudencia, leído el 9 de noviembre de 2005.

(1) Diccionario del español actual. Santillana de Ediciones. Madrid, 1999.

(2) Diccionario de la Lengua Española. Real Academia. Madrid, 1992.

(3) Cfr. ROMO M., *Psicología de la creatividad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1997, págs. 119 y 120. Alan GARNHAM y Jane OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1996, págs. 221 y 222. Para Manuel DE VEGA debe distinguirse «entre problemas bien definidos, cuya meta es bien conocida desde el comienzo, y problemas mal definidos, en los que la definición de los objetivos forma parte del problema» (*Introducción a la psicología cognitiva*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pág. 494).

(4) Cfr. POZO MUNICIO, J. I. - PÉREZ ECHEVARRÍA, M. P. - DOMÍNGUEZ CASTILLO, J. - GÓMEZ CRESPO, M. A. - POSTIGO ANGÓN, Y., *La solución de problemas*, Santillana de Ediciones. Madrid, 1998, pág. 150.

consenso sobre la corrección de los resultados (5): las mismas sentencias del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional que pueden ser duramente criticadas por la doctrina, y los precedentes jurisprudenciales de hoy pueden ser abandonados en *overruling* (6) por la jurisprudencia de mañana.

- d) Y en fin, el mismo problema puede ser enfocado de forma diferente, según la función que desempeñe cada uno de los operadores jurídicos concernidos (7). El abogado propondrá la respuesta que resulte más favorable para los intereses de su cliente; el juez percibirá el problema desde su personal sentido de la justicia y decidirá como un legislador para el caso concreto, tratando de justificar después su decisión de forma congruente con el ordenamiento positivo (8); el notario, desde una relación de clientela (9), tenderá a maximizar el ámbito de la autonomía de la voluntad (10) y a flexibilizar la interpretación de las normas, en defensa de la libertad de los individuos en sus relaciones de Derecho Privado (11); el registrador, como custodio del orden público inmobiliario, deberá juzgar si la estrategia negocial de las partes es compatible con los límites que impone el sistema jurídico, y habrá de hacerlo con una prudencia que evite escrúpulos paralizadores del tráfico y, a la vez, con una cautela que impida intabulaciones erróneas de efectos irreversibles (12).

La resolución de problemas jurídicos puede estudiarse desde una doble perspectiva, que se corresponde con la tensión permanente del ser y el deber ser: *la perspectiva normativa*, es decir, el cómo deben resolverse los proble-

(5) Cfr. PUENTE FERRERAS, A., *Cognición y aprendizaje. Fundamentos psicológicos*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1998, pág. 408. Manuel DE VEGA, *op. cit.*, pág. 495.

(6) Cuando el Tribunal rompe o se separa del precedente de una forma explícita y terminante.

(7) Sobre la heterogeneidad del trabajo jurídico, vid. COTTERRELL R., *Introducción a la Sociología del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, págs. 155-161.

(8) Cfr. PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, págs. 188 y 189. Un interesante análisis de la decisión judicial puede encontrarse en DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995.

(9) Cfr. MEZQUITA DEL CACHO, J. L.-LÓPEZ MEDEL, J., *El Notariado y los Registros: orientación vocacional y de estudios*, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1986, págs. 207-225.

(10) Cfr. PAZ ARES, C., *El sistema notarial: una aproximación económica*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995, pág. 102.

(11) Cfr. ÁVILA ÁLVAREZ, P., *Estudios de Derecho Notarial*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1973, pág. 20.

(12) Cfr. GALLEGO DEL CAMPO, G., *Operadores jurídicos: el registrador de la propiedad español*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores, Madrid, 2005, pág. 81.

mas jurídicos y *la perspectiva descriptiva*, o sea, el cómo se resuelven de hecho, en la práctica y en la realidad. Ambos aspectos están, sin embargo, íntimamente entrelazados, porque todo impulso reformador hacia lo que debe ser ha de fundarse en una implacable observación de los hechos (13).

La *perspectiva normativa* —el cómo deben resolverse los problemas legales— tiene precedentes tan antiguos como el Derecho mismo y se apoya en tres aportaciones fundamentales:

- a) La Filosofía del Derecho que, en cuanto reflexión sobre los valores jurídicos, intenta suministrar reglas o criterios para decidir en justicia (14).
- b) La Teoría General del Derecho, que proporciona recursos técnicos de gran eficacia: solución de antinomias y lagunas legislativas, coordinación de ordenamientos en conflicto, métodos de aplicación analógica, pautas de interpretación de las normas (15).
- c) La Teoría prescriptiva de la argumentación, en cuanto intenta determinar las condiciones y requisitos que debe reunir el discurso jurídico para que pueda ser considerado como un discurso racional y fundado (16).

La *perspectiva descriptiva* —el cómo se resuelven de hecho los problemas legales— cuenta, a mi juicio, con cuatro aportaciones esenciales:

- a) La escuela del Derecho libre, para la cual la operación de juzgar no constituye un proceso estrictamente lógico: «el juez, por el contrario, tiene por misión emitir juicios de valor sobre las relaciones de la vida y aplicar la idea del Derecho en cada caso concreto, preocupándose más de la justicia del fallo que de su legalidad» (17).
- b) El movimiento realista norteamericano, para quien el Derecho es lo que realmente hacen los Tribunales y el resto de los operadores jurídicos; para esta corriente, la decisión judicial, a pesar de su apariencia, no se apoya en los textos legales, sino que se basa en intuiciones, actitudes y factores emocionales; el juez es el verdadero creador del

(13) Cfr. PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, págs. 27 y 28.

(14) Para un análisis de las distintas posiciones acerca del contenido de la Filosofía del Derecho, vid. ELÍAS DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus Ediciones, Madrid, 1974, págs. 245-263. Consúltense igualmente: RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Universidad Complutense, Madrid, 2000, págs. 239-278.

(15) Cfr. BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1987.

(16) Así en ROBERT ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. Para una visión panorámica del tema, vid. PEDRO SERNA (dir.): *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Editorial Comares. Granada, 2003.

(17) LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1979, pág. 148.

Derecho, cuya función real consiste precisamente en delimitar intereses y dirigir el comportamiento social (18).

- c) La Teoría de la argumentación, ahora en su vertiente descriptiva, al señalar que el discurso jurídico no puede concebirse en puros términos lógico-formales: la elección de la norma, la selección de los hechos significativos y la incardinación de los mismos en el supuesto fáctico del precepto, son el resultado de una auténtica decisión que intentará apoyarse en un proceso argumentativo (19).
- d) Y, en fin, la Hermenéutica moderna: el intérprete está dentro de la historia y al interpretar está vinculado a la tradición cultural de la que forma parte; todo su aparato conceptual depende del entorno histórico-social en el que participa, y esa tradición en la que está incardinado le suministra los pre-juicios a partir de los cuales intenta la comprensión del texto (20). En la hermenéutica jurídica no se trata tanto de entender al legislador, como de entenderse con los otros acerca del texto normativo; el intérprete no es un observador neutral, sino un participante en el diálogo; y, además, debe conectar la ley con el supuesto concreto que se le plantea, haciendo así que la aplicación forme parte integrante de la comprensión (21).

El comportamiento de los operadores jurídicos, y en especial de los jueces, ha sido objeto, hasta el presente, de numerosas investigaciones (22). Se han utilizado para ello diversas técnicas (23): la entrevista, el estudio sociológico de la jurisprudencia (24), la encuesta por sondeo, el análisis cuantitativo de la conducta judicial (25) e, incluso, los investigadores se han servido del intercambio de experiencias profesionales o de sus propios procesos de autoobservación (26). Ahora bien, aquí nos ocupamos de la resolución de

(18) Cfr. *ibídem*, págs. 225-230. TREVES, R., *La Sociología del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1988, págs. 96-98.

(19) Cfr. Pedro SERNA, *op. cit.*, págs. 9-12. Sobre Teoría de la argumentación deben consultarse: Robert ALEX, *op. cit.*, y PERELMAN, C. H - OLBRECHTS TYTECA, L., *Tratado de la argumentación*, Editorial Gredos, Madrid, 1994.

(20) Vid., OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A., *La hermenéutica jurídica de Hans - Georg Gadamer*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1992, y *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1995.

(21) Cfr. GALLEGU DEL CAMPO, G., «Derecho y Ciencia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, abril-mayo de 1997, pág. 539.

(22) Cfr. TREVES, R., *op. cit.*, págs. 173-190. COTTERRELL, R., *op. cit.*, págs. 161-208.

(23) Sobre la metodología utilizada por la Sociología jurídica, puede consultarse: CARBONNIER, J., *Sociología jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1977, págs. 143-200. TREVES, R., *op. cit.*, págs. 147-160.

(24) Cfr. CARBONNIER, J., *op. cit.*, págs. 156-162.

(25) Cfr. COTTERRELL, R., *op. cit.*, págs. 187-190.

(26) Sobre la legitimidad científica de la autoobservación, vid. DUVERGER, M., *Métodos de las Ciencias Sociales*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996, págs. 341-345. DELGA-

problemas jurídicos, y la resolución de problemas es un tema característico de la Psicología Cognitiva (27).

Lo que nos interesa, en realidad, es comprobar cómo resuelven los problemas concretos los juristas afectados por ellos —jueces, funcionarios, abogados— y conocer la evolución que siguen y las experiencias que atraviesan hasta llegar a la solución definitiva: pasos, tanteos, movimientos, aproximaciones, inquietudes, emociones, prejuicios. La dificultad estriba, sin embargo, en que esta secuencia resolutoria no es directamente observable, porque las operaciones mentales y las vivencias psíquicas pertenecen a la esfera interna del sujeto.

Para superar este obstáculo, los psicólogos acudieron a un recurso metodológico: la elaboración de un *protocolo verbal* o *protocolo de pensamiento en voz alta* (28). El investigador somete un problema a la consideración del sujeto y, a continuación, le pide que diga de viva voz todo lo que hace y todo lo que está pensando mientras intenta resolverlo. El resultado es una compilación verbal de los procesos mentales del sujeto, sobre los que se realiza después una labor de análisis e interpretación (29).

A mi juicio, esta misma técnica debe ser utilizada en el estudio de la resolución de problemas jurídicos porque, a pesar de sus limitaciones, constituye un poderoso instrumento para explorar la conducta y las experiencias de los profesionales del Derecho (30). No obstante, la complejidad de las cuestiones legales y el carácter público de alguna de las profesiones a investigar aconsejan que el protocolo —además de *anónimo*— sea *escrito* y se redacte de forma *retrospectiva*. El proceso —supongamos en el caso de un juez u otro decisor jurídico— sería el siguiente: se seleccionan los problemas a partir de un muestreo aleatorio y una vez que el decisor ha finalizado la fase de estudio y adoptado la resolución definitiva, se deja transcurrir un período de veinticuatro horas. A continuación, pediremos al juez o decisor que redacte un *protocolo escrito de comportamiento durante el problema* (31). En él procurará describir con la mayor exactitud posible los diversos pasos y movimientos que preceden a su toma de decisión, y reflejará su conducta mental y sus experiencias psicológicas: argumentación y razonamientos, desde luego, pero también temores, sentimientos, dudas, conflictos y prevenciones.

DO J. M. - GUTIÉRREZ, J. (Coords.): *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en Ciencias Sociales*, Editorial Síntesis, Madrid, 1995, págs. 154, 156, 163 y 167.

(27) Cfr. John B. BEST, *Psicología cognitiva*, Paraninfo, Thomson Learning, Madrid, 2001, págs. 391 y 392.

(28) Cfr. Alan GARNHAM y Jane OAKHILL, *op. cit.*, pág. 224.

(29) Cfr. Peter, H. LINDSAY y Donald, A. NORMAN, *Introducción a la psicología cognitiva*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, págs. 613-663. Richard E. MAYER, *Pensamiento, resolución de problemas y cognición*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1986, págs. 53-105.

(30) Cfr. Peter H. LINDSAY y Donald A. NORMAN, *op. cit.*, pág. 633.

(31) Una aplicación de esta técnica puede verse en GALLEGU DEL CAMPO, G., «Operadores jurídicos...», *op. cit.*, págs. 401-408.

Este procedimiento técnico presenta, sin embargo, dos inconvenientes: *a)* el contenido seguramente incompleto del protocolo, porque es prácticamente imposible reproducir con fidelidad y exactitud la totalidad de la secuencia resolutoria; *b)* la posible insinceridad del narrador, que no afecta tanto a la narración efectuada —es más fácil decir la verdad que inventar un proceso mental— cuanto a la previsible ocultación de estrategias, sentimientos o reacciones que no se desean explicitar. Porque los decisores jurídicos seguimos apegados al modelo tradicional de la teoría de la subsunción, y creemos que nuestra tarea es encajar los hechos en la norma, aplicando los preceptos de forma mecánica bajo un procedimiento deductivo, y, por ello, nos resistimos todavía a reconocer que nuestras decisiones pueden estar influenciadas por actitudes, fijaciones, preferencias o inclinaciones (32).

Pues bien, a pesar de estos inconvenientes, los protocolos de comportamiento constituyen, como decía, un poderoso instrumento de análisis, y pueden y deben ser utilizados en el estudio práctico de la resolución de problemas jurídicos.

Hechas estas consideraciones introductorias, y a la vista del estado de las investigaciones, trataré de sintetizar a continuación una serie de aspectos y observaciones que, en materia de resolución de cuestiones legales, me parecen relevantes o significativas. Y procuraré hacerlo de forma concisa y esquemática.

1. El proceso se inicia con la *detección del problema*, con la localización de la situación problemática que, en el caso del juez, se ve facilitada por el planteamiento dual que hacen las partes. En la pura detección de problemas no importan tanto las habilidades procedimentales, cuanto los saberes jurídicos: dominio del ordenamiento positivo, seguimiento de las directrices jurisprudenciales y capacidad para interrelacionar preceptos, categorías e instituciones. Cuanto más completa y organizada luzca esa información en la memoria del sujeto, más fácil será la percepción de situaciones potencialmente conflictivas (33).

Una vez detectado el problema, y antes de comenzar el estudio detenido de la cuestión, solemos tener una primera *impresión diagnóstica*. Pero esta diagnosis inicial, esta solución de partida, debe considerarse con cautela porque, en muchos casos, suele resultar equivocada. En la resolución de problemas jurídicos hay que tener muy presentes dos precauciones estratégicas: *desconfía de tus primeras impresiones; las cosas son más complejas de lo que parecen*. Precauciones que se corresponden, en cierta medida, con las

(32) Cfr. Pedro SERNA, *op. cit.*, págs. 214-218. GALLEGO DEL CAMPO, G., «Capitalismo, burguesía y Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio de 1990, págs. 1139-1142.

(33) Cfr. PUENTE FERRERAS, A., *Cognición y aprendizaje. Fundamentos psicológicos*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1998, pág. 360.

reglas heurísticas sugeridas por RUBINSTEIN y colaboradores: *mantenga su objetividad, no se parcialice demasiado temprano; sea flexible, cuestione la credibilidad de sus premisas* (34).

2. En el hallazgo de una solución correcta es esencial la adecuada comprensión o representación del problema. En gran medida, *resolver un problema es llegar a su comprensión estructural* (35). Cuanto más acabado y exacto sea el conocimiento del entramado y los elementos del problema, cuanto más precisa y organizada sea la percepción de los factores problemáticos, en mejores condiciones estaremos para avanzar con rapidez, identificar la información eficiente y lograr una solución eficaz o apropiada.

Sin embargo, hay que hacer tres advertencias: *a)* Que la representación del problema es inadecuada si la solución a que nos conduce es solamente coyuntural, de tal modo que únicamente resuelve los problemas del presente, pero no resiste la prueba de acontecimientos o situaciones que puedan producirse eventualmente en el futuro. La decisión jurídica debe valorar siempre las consecuencias previsibles y contrastar la alternativa elegida con posibles supuestos que puedan poner en duda su consistencia. *b)* Que representación, comprensión e información son aspectos íntimamente entrelazados: la forma en que comprendemos y representamos el problema determina la dirección de nuestra búsqueda informativa —textos legales, doctrina, jurisprudencia—, pero, a su vez, la información que vamos adquiriendo puede modificar nuestra percepción inicial, obligándonos a considerar nuevas variables, cuestiones o dificultades. *c)* Y, en fin, que la obtención de información adecuada está en relación directa con la preparación jurídica del sujeto, porque sólo desde una formación teórica consistente, podemos saber dónde y acerca de qué debemos informarnos.

3. Los problemas jurídicos son problemas complejos (36). El proceso de resolución *no suele ser lineal ni escalonado*; es un proceso laborioso, lleno de idas y venidas mentales, intentos ensayo —error, tanteo de alternativas, retrocesos, revisiones y reformulaciones (37). Las propuestas teóricas que

(34) Cfr. PUENTE, A. - POGGIOLI, L. - NAVARRO, A., *Psicología cognitiva*, McGraw Hill, Caracas, 1989, pág. 261.

(35) Cfr. John B. BEST, *op. cit.*, págs. 398-401. PUENTE, A. - POGGIOLI, L. - NAVARRO, A., *op. cit.*, pág. 225.

(36) ATIENZA recoge la distinción entre casos fáciles, difíciles y trágicos. «Para los casos fáciles el ordenamiento jurídico provee una respuesta correcta que no es discutida; los segundos, por el contrario, se caracterizan porque, al menos en principio, cabe proponer más de una respuesta correcta que se sitúe dentro de los márgenes permitidos por el Derecho positivo». «Un caso puede considerarse como trágico cuando, en relación con el mismo, no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral. La adopción de una decisión en tales supuestos no significa ya enfrentarse con una simple alternativa, sino con un dilema» (*Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 252).

(37) Cfr. LINDSAY, P. H. - NORMAN, D. A., *op. cit.*, pág. 624.

tratan de describir o predeterminar las fases o etapas que seguimos o debemos seguir en la resolución de problemas (38), son demasiado rígidas, esquemáticas y abstractas. Cada persona —como señala PUENTE— sigue secuencias o pasos diferentes, y muchas de esas secuencias no son precisamente progresivas, sino más bien circulares o recurrentes (39). No obstante, en las cuestiones jurídicas es imprescindible, a mi juicio, respetar cuatro reglas procedimentales: seleccionar y jerarquizar las fuentes de información; buscar y valorar soluciones alternativas; analizar las objeciones que puedan oponerse a la decisión adoptada y predecir y sopesar las consecuencias de esa decisión.

4. Los juristas, en ocasiones, suelen afrontar los problemas de *forma intermitente*. Se producen, entonces, las llamadas *fases de incubación*: se abandona temporalmente el problema y se interrumpe su estudio para retomarlo más tarde, estableciendo pausas o espacios muertos durante los cuales la mente se evade de la situación problemática. Se trata, a veces, de una estrategia deliberada que nos permite clarificar las ideas, replantear las cuestiones y eludir bloqueos paralizadores. La contribución positiva del proceso de *incubación* ha sido destacada con frecuencia por los psicólogos cognitivos, aunque su explicación dista de ser pacífica.

MAYER (40) considera que estos descansos o interludios dan lugar a paréntesis temporales que nos hacen olvidar las imágenes perturbadoras. Para ROMO (41), estos períodos de tiempo fuera permiten centrar la atención y aliviar la fatiga, facilitando la aparición de nuevos enfoques y aproximaciones que favorecen la resolución del problema.

SIMON sugiere que los efectos de la *incubación* podrían explicarse mejor a partir de una situación de «olvido selectivo». «Inicialmente trazamos un plan..., que ocupa solamente la memoria de trabajo». A medida que nos esforzamos por solucionar el problema «codificamos y almacenamos en la memoria permanente información adicional», que podría traducirse fácilmente en un plan certero con la sola condición de que nuestra atención se trasladara o liberara del plan inicial inserto en la memoria de trabajo. «Durante la incubación esto es precisamente lo que ocurre. Ubicamos nuestra atención en la memoria permanente (permitiendo que decaiga el contenido de la memoria de trabajo) y utilizamos el conocimiento allí representado» para el logro de una planificación eficaz (42).

ANDERSON parte del concepto de predisposición, de la «tendencia a percibir los acontecimientos y objetos, tal como nos llevan a esperarlos nuestras

(38) Un interesante resumen de las distintas propuestas teóricas al respecto puede verse en PUENTE, A. - POGGIOLI, L. - NAVARRO, A., *op. cit.*, págs. 240-244.

(39) Cfr. «Psicología cognitiva», *op. cit.*, pág. 240.

(40) Cfr. *op. cit.*, pág. 54.

(41) Cfr. *op. cit.*, pág. 39.

(42) BEST, J. B., *op. cit.*, pág. 394.

anteriores experiencias con ellos», puesto que las percepciones están en cierto modo predeterminadas por el pasado. Cuando nos aprestamos a resolver un problema acudimos a nuestro bagaje de conocimientos para que nos brinde ideas o nos sugiera cursos operativos. Si nuestra predisposición es la adecuada dispondremos de procedimientos eficaces. «Si sucede lo contrario, lo único que conseguiremos es aferrarnos a una lista de procedimientos inútiles». La *incubación* nos permite, por tanto, soslayar estrategias inapropiadas y apelar a otras que pudieran resultar más eficientes (43).

En cualquier caso, no debemos olvidar la observación de LINDSAY y NORMAN: el período de *incubación* solamente parece fecundo y puede llevar a soluciones pertinentes si «va precedido de una cantidad considerable de trabajo duro sobre el problema» (44).

5. Cuando afrontamos un problema legal, la solución, la idea resolutoria clave, parece surgir, a veces, de una intuición súbita, de una iluminación repentina que no responde a un proceso mental ordenado. Por tanto, también en el campo jurídico se confirma la presencia del *insight*, del relámpago mágico iluminador. Con el *insight* llega la sorpresa, la comprensión inesperada, la respuesta que se presenta sin saber realmente de dónde procede (45).

Para los psicólogos de la *Gestalt*, el *insight* no es una cuestión de ensayo—error, sino una evolución todo— nada: la resolución del problema vendrá con una repentina reorganización de sus elementos (46). Y, sin embargo, el *insight*, ese *flash* esclarecedor, no tiene su origen en un salto mental en el vacío o en una incubación inconsciente. Lo que hay, en realidad, es un acercamiento progresivo a la solución: en medio de retrocesos y altibajos, vamos acumulando información, enfoques, argumentos, opciones; y estos elementos van encajando, poco a poco, hasta que forman ese conjunto armonioso que nos da la solución, hasta que se presenta de repente el *insight* (47).

6. Desde muy antiguo, el razonamiento y el discurso jurídicos han sido caricaturizados y considerados, muchas veces, como un juego estéril de sofismas y un ejercicio de retorcimiento dialéctico (48). Y, sin embargo, la resolución de problemas jurídicos debe considerarse siempre como una actividad racional y creativa.

Es racional porque, al lado de los factores emocionales, hay un debate argumentativo que toma como guía la inteligencia crítica y reflexiva, usa de razones y juicios, pondera la fuerza de los argumentos y evalúa la suficiencia de

(43) *Ibidem*, pág. 395.

(44) *Op. cit.*, pág. 667.

(45) Cfr. ROMO, M., *op. cit.*, pág. 35.

(46) Cfr. *ibidem*, pág. 106.

(47) Cfr. *ibidem*, pág. 111. Para BEST, «el acto creativo consiste en encontrar organizaciones originales de experiencias acumuladas» (*op. cit.*, pág. 396).

(48) Cfr. GALLEGU DEL CAMPO, G., «Derecho y Ciencia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, abril-mayo de 1997, pág. 506.

los procesos de información (49). Pero, sobre todo, es una actividad racional porque, cuando resolvemos problemas jurídicos, estamos garantizando que la interacción y las relaciones dentro de los grupos sociales, se desenvuelvan al margen de la violencia, y conseguimos, a la vez, que los conflictos socialmente relevantes se solucionen sobre la base de normas consensuadas (50).

Y también es una actividad creativa, porque, cuando se solventan cuestiones legales, se ponen en juego factores de *originalidad, fluencia y flexibilidad* y se maneja un *pensamiento divergente* capaz de moverse hacia el problema de forma innovadora y en direcciones novedosas (51). Si la creatividad es una forma de pensar cuyos resultados deben aportar *novedad y valor* (52), la resolución de problemas jurídicos comprende, obviamente, estas virtudes: valor porque se diluye la dificultad y se resuelve la duda; novedad, porque nos traslada de la incertidumbre a la respuesta.

7. Uno de los primeros pasos en la resolución de problemas jurídicos es la búsqueda de precedentes jurisprudenciales aplicables al caso. Y esto no es extraño porque ya el juez HOLMES nos advertía de que el Derecho es el conjunto de profecías acerca de lo que harán efectivamente los tribunales (53). Por tanto, en los sistemas continentales, las citas jurisprudenciales constituyen también un recurso fundamental de la estrategia forense y, por eso, se equivocan gravemente autores como BERMAN, cuando señalan que en los países de Europa con Derecho codificado, la doctrina de los comentaristas «con ocasión de interpretar los códigos, tiene más autoridad que las decisiones judiciales» (54).

Ahora bien, la invocación de la jurisprudencia debe efectuarse con rigor. No cabe acudir a prontuarios, sinopsis o resúmenes imprecisos. Es necesario estudiar detenidamente cada sentencia, extraer con precisión sus conclusiones y comprobar la identidad o analogía que concurre entre los supuestos de hecho que se comparan. Paralelamente, el juez o tribunal que decide apartarse de los precedentes, pero quiere mantener, a la vez, la racionalidad de su discurso, debe hacer constar expresamente esta circunstancia y exponer, además, las razones de ese apartamiento (55).

Por otra parte, los méritos de la doctrina jurisprudencial —cuando los tiene— suelen atribuirse tradicionalmente al órgano superior a quien corresponde la decisión definitiva. Y sin embargo, esta atribución en exclusiva resulta manifiestamente injusta. En sede jurisdiccional, también los abogados

(49) Cfr. *ibídem*, pág. 520.

(50) Cfr. *ibídem*, págs. 533-536.

(51) Cfr. MAYER, R. E., *op. cit.*, págs. 376-378.

(52) Cfr. ROMO, M., *op. cit.*, pág. 53.

(53) Un interesante comentario acerca de esta idea, puede encontrarse en PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 23-25.

(54) Harold, J. BERMAN, Voz: “Razonamiento jurídico”, en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*. Aguilar de Ediciones, Madrid, 1976, vol. IX, pág. 116.

(55) Cfr. ALEXY, R., *op. cit.*, pág. 287.

de las partes contribuyen decisivamente a la elaboración de la jurisprudencia. Son ellos los que delimitan los términos y variables del conflicto, y son sus razonamientos o alegaciones los que facilitan la comprensión o representación del problema y los que ofertan los argumentos o las vías que hacen posible la adopción de una resolución jurídicamente correcta.

En otro orden de cosas, la doctrina de los comentaristas a la que antes me refería, constituye una manifestación del argumento de autoridad, es un medio auxiliar para la valoración de las reglas legales (56) y sirve como elemento orientador de la tarea legislativa (57). Pero esta doctrina es también algo más, porque, en determinados supuestos, su invocación puede exonerar de responsabilidad a los operadores jurídicos. En aquellas materias que se hallan escasamente desarrolladas o carecen de precedentes jurisprudenciales, el jurista práctico que debe decidir, difícilmente podrá ser acusado de culpa, negligencia o ignorancia inexcusable, si apoya o justifica su decisión con dictámenes doctrinales. Y menos aún, cuando estos dictámenes aparecen reforzados por el número de citas, el crédito de sus autores o el prestigio de las publicaciones que los acogen.

8. Conviene también hacer referencia a las estrategias que se siguen en la resolución de problemas jurídicos. Entre los métodos o procedimientos utilizados —muchos de ellos comunes a la resolución de problemas en general— podemos destacar los siguientes:

- a) El *análisis medios-fines*. Consiste en fijar o definir el estado inicial de la cuestión y la solución final deseable y, a continuación, ir seleccionando caminos, vías u operadores que permitan reducir la distancia (58). En sentido amplio, es una estrategia característica de la actividad del notario, que debe encontrar los recursos jurídicos adecuados para satisfacer los fines económicos y negociales perseguidos por las partes.
- b) El procedimiento de *submetas* conviene a la complejidad de los problemas jurídicos, siempre que no se pierda la visión global de las cuestiones en debate. Con este heurístico se intenta reemplazar una dificultad mayor por otras más simples, dividiendo o descomponiendo la situación problemática en diferentes *subproblemas*, para facilitar, de este modo, el hallazgo de una solución (59).

(56) Cfr. LATORRE, A., *Introducción al Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1974, págs. 80-83.

(57) Cfr. Díez-PICAZO, L. - GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 6.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1988, pág. 171. DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 51.

(58) Cfr. BALLESTEROS JIMÉNEZ, S., *Psicología general: un enfoque cognitivo*, Editorial Universitat, Madrid, 2000, pág. 741.

(59) Cfr. PUENTE FERRERAS, A., «Cognición y aprendizaje», *op. cit.*, págs. 419 y 420.

- c) El *método ensayo-error* consistiría en aproximarnos a la solución, utilizando, de modo tentativo, distintas reglas, razones, principios, argumentos o criterios, que emplearemos de forma sucesiva desechando aquellos que se hayan demostrado ineficaces. Una traducción jurídica de este procedimiento puede encontrarse en el proceder o pensamiento tópico (60), que iría aplicando a los conflictos en presencia diferentes guías o directivas, hasta hallar el *topos* eficiente, capaz de identificar la respuesta correcta (61).
- d) En la estrategia de *búsqueda hacia atrás*, el jurista contempla la solución deseada y se pregunta por los pasos necesarios para llegar a ella (62). Es una postura parecida a la del juez que, resolviendo primero en equidad, selecciona después los hechos significativos y busca *a posteriori* en el ordenamiento positivo, aquellas normas o preceptos que pudieran justificar su decisión (63).
- e) El procedimiento de *simulación* es una estrategia utilizada con frecuencia por los registradores españoles. Consiste en trasladar mentalmente los defectos observados en la calificación de un caso concreto, a otro supuesto imaginario de extraordinaria relevancia social o económica, para calibrar así la entidad de las faltas advertidas y valorar las consecuencias de la decisión. De este modo, el defecto observado en la enajenación de una pequeña finca rústica se proyecta, por ejemplo, sobre la venta imaginaria de un gran complejo inmobiliario, y ello permite ponderar la magnitud de la falta y la conveniencia de la resolución adoptada (64).
- f) La complejidad de las cuestiones legales y sus largas horas de estudio obligarán también a la adopción de precauciones estratégicas de tipo organizativo. En muchas ocasiones será necesario detenerse, hacer un alto en el camino para *sintetizar* el estado de la cuestión, *replantear o reestructurar* el problema y *planificar*, a la vista de todo ello, los trabajos a realizar o los caminos a seguir en la búsqueda de soluciones.
- g) La *analogía* o el método de *aplicación analógica* se utiliza por los juristas más allá de los estrechos límites —identidad de razón— es-

(60) Como texto clásico: Theodor VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Editorial Taurus, Madrid, 1964.

(61) Sobre la extraordinaria amplitud y heterogeneidad de los *topoi*, pueden consultarse: Heinrich HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Taurus Ediciones, Madrid, 1968, págs. 679-683, y GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la Tópica Jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, págs. 135 y 136.

(62) Cfr. PUENTE FERRERAS, A., «Cognición y aprendizaje», *op. cit.*, págs. 421-423.

(63) Sobre el arbitrio judicial, puede consultarse: Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Iustel Portal Derecho, Madrid, 2005.

(64) Cfr. GALLEGO DEL CAMPO, G., «Operadores jurídicos...», *op. cit.*, pág. 443.

tablecidos por el artículo 4.1 del Código Civil (65). Se trata de un heurístico general que se sirve de las vivencias previas del sujeto. «La idea básica sería que la experiencia con un determinado tipo de problemas ayuda a solucionar otros similares» (66). Se trata de una estrategia que busca, a modo de tanteo, la transferencia a un problema nuevo (problema objetivo) de una solución ideada anteriormente para una situación paralela o semejante (problema análogo).

Las subfases fundamentales que integran el razonamiento por analogía serían: el acceso a la fuente o recuperación del análogo relevante, el proceso de extrapolación, la evaluación de la correspondencia entre supuestos y la valoración de las inferencias obtenidas (67). El éxito del procedimiento analógico dependerá del grado de similitud entre las situaciones, vinculado, a su vez, a la semejanza de sus rasgos estructurales (68).

- h) Y, en fin, también debemos aludir al *sistema de consultas*, que es un recurso muy frecuente en profesiones jurídicas no competitivas y, por el contrario, desusado, en profesiones jerarquizadas como la judicatura, o claramente competitivas como el notariado.

Los juristas, en un contexto de duda o indecisión, pueden acudir en consulta a uno o varios compañeros al objeto de recabar información y obtener una perspectiva distinta acerca de los problemas en presencia. En realidad, el sujeto consultante es quien ha considerado detenidamente el asunto y quien dispone sobre él del más completo acervo informativo. Del jurista consultado no se demanda ni se pide un laborioso dictamen jurídico. Se pretende algo más simple: la confirmación de un criterio, el enfoque diferente del tema, la alternativa novedosa, la insinuación de soluciones o la ponderación de consecuencias; en suma, ideas, sugerencias y argumentos que aporten claridad a los planteamientos y ayuden a despejar las incertidumbres (69).

9. Uno de los procedimientos más relevantes para la resolución de conflictos jurídicos, y que merece, por ello, una atención específica, es la *negociación*, una actividad muy frecuente y característica en el ejercicio de la abogacía.

(65) Sobre el empleo jurídico de la analogía, vid. FALCÓN Y TELLA, M. J., *El argumento analógico en el Derecho*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

(66) BALLESTEROS JIMÉNEZ, S., *op. cit.*, pág. 743.

(67) Cfr. GONZÁLEZ LABRA, M. J., *Aprendizaje por analogía*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, pág. 24.

(68) Cfr. *ibidem*, págs. 30 y 36. Sobre la necesidad en las inferencias analógicas de fundamentar las premisas, vid. ALEXEY, R., *op. cit.*, págs. 268-270.

(69) Un análisis del sistema de consultas entre los registradores españoles puede encontrarse en GALLEGU DEL CAMPO, G., «Operadores jurídicos...», *op. cit.*, págs. 224-226.

La *negociación* —como señalan MUNDUATE y MARTÍNEZ RIQUELME (70)— implica una situación en la que dos o más partes interdependientes reconocen divergencias en sus respectivas posiciones y deciden, salvaguardando determinados límites, intentar la consecución de un acuerdo por medio de la avenencia y el diálogo (71), aunque no medie conformidad de principio en la relación de intercambio. Ambas partes reconocen que la transacción es más beneficiosa que la ruptura y están dispuestas por ello a ceder algo a cambio de algo. La base de toda estrategia negociadora está en presionar, exigir y competir para lograr el objetivo deseado, mostrando, a la vez, la intención de efectuar concesiones en aras del acuerdo. En toda negociación hay que estar tácticamente preparado: provisto de argumentos para defenderse en el aspecto competitivo y provisto de concesiones para el aspecto cooperativo (72).

Cabe distinguir, además, dos tipos de negociación (73): la *negociación distributiva*, donde las partes se hallan correlacionadas negativamente, de manera que lo que uno gana en el intercambio, lo pierde el otro y viceversa; y la *negociación integrativa*, en la que todos pueden salir ganando, si se realiza una adecuada distribución de beneficios y se buscan soluciones conjuntas y pertinentes (74).

En todo caso, una negociación exitosa reclama cumplimentar cinco requisitos fundamentales (75):

- a) Diseñar un plan estratégico que cree el espacio más ventajoso posible para nuestros propios intereses y en el que se integren con precisión los objetivos GPT: los objetivos que nos *gustaría* conseguir (G), los objetivos que *pretendemos* conseguir (P) y los objetivos que *tenemos* que conseguir (T).
- b) Prevenir todas las contingencias posibles en el desarrollo del proceso negociador.
- c) Lograr entre los interlocutores una comunicación efectiva y sin distorsiones, prestando, de un lado, una exquisita atención a las manifes-

(70) Cfr. *Conflicto y negociación*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1998, pág. 51.

(71) Para un estudio predominantemente pragmático de la estrategia negociadora, puede consultarse: Ury, W., *De la negociación al acuerdo*, Parramón Ediciones, Barcelona, 1993.

(72) Cfr. MUNDUATE JACA, L., y MARTÍNEZ RIQUELME, J. M., *Conflicto y negociación*, Eudema, Madrid, 1994, pág. 41.

(73) Cfr. *ibídem*, pág. 42.

(74) Esta distinción guarda cierta relación con dos tipos de acuerdo: acuerdos cooperativos tipo *win-win* (gano yo-gana él) y acuerdos excluyentes del modelo *win-lose* (gano yo-pierde él) (cfr. DE MANUEL DASI, F.-MARTÍNEZ-VILANOVA MARTÍNEZ, R., *Técnicas de negociación*, Esic Editorial, Madrid, 1997, págs. 79-83 y 89-91).

(75) Cfr. MUNDUATE JACA, L., y MARTÍNEZ RIQUELME, J. M., *op. cit.*, Eudema, págs. 58, 62-66, 75-78, 84-87.

- taciones de la contraparte y emitiendo, de otro, mensajes claros, precisos, simples y comprensibles.
- d) Seleccionar, combinar y manejar adecuadamente los recursos tácticos, tanto los de naturaleza conciliadora como los de carácter coercitivo.
 - e) Y obtener, en fin, el cierre final de la negociación de forma clara, íntegra y completa, evitando que, en la redacción del acuerdo, surjan polémicas o discusiones que hagan retroceder el proceso negociador, enturbiando la labor realizada.

La *negociación*, cualitativa y cuantitativamente, es una actividad especialmente relevante en la práctica de la abogacía. Y, por eso, será cada vez más necesario que los abogados en ejercicio y los mismos estudiantes de Derecho, participen en cursos y programas formativos dedicados a la gestión de los conflictos jurídicos y al manejo de las técnicas negociadoras.

10. Finalmente, conviene hacer algunas reflexiones acerca de la decisión jurídica.

Bajo el nombre de teoría de la decisión —nos dice HÖFFE (76)— se alberga una corriente de investigación interdisciplinaria que trata de identificar y definir el concepto de *decisión racional*, a través de elementos formalizados y básicamente transformables en cálculo y que se apoya, principalmente, en la estadística matemática y la economía teórica. Se trata de un campo investigador donde se pueden distinguir también dos direcciones: las teorías *descriptivas*, que examinan, exploran y analizan comportamientos reales de decisión; y las teorías *normativas*, que intentan desarrollar reglas, técnicas y programas orientados a decidir correctamente (77).

Desde luego, no existe, hoy por hoy, una doctrina genuina o suficientemente estructurada acerca de la decisión jurídica; y me atrevo a pronosticar que los avances que eventualmente se produzcan en este campo, darán lugar a propuestas múltiples y contradictorias. Sin embargo, cabe apuntar ciertas sugerencias:

- a) La decisión jurídica se adopta *desde una racionalidad limitada*. Las observaciones psicológicas ponen de relieve la dificultad de describir las conductas decisorias desde paradigmas absolutos, y esto ha contribuido a moderar las propuestas, flexibilizar los axiomas y tener en cuenta la influencia de los factores ambientales (78). La psicología

(76) Otfried HÖFFE, *Estudios sobre teoría del Derecho*, Distribuciones Fontamara, México, 1992, págs. 153 y 154.

(77) Cfr. *ibídem*, pág. 154. En igual sentido: MACÍA ANTÓN, M. A. - BARBERO GARCÍA, M. I. - PÉREZ LLANTADA RUEDA, M. C. - VILA ABAD, E., *Psicología y teoría de la decisión: aplicaciones*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1990, pág. 8.

(78) Cfr. GODOY, A., *Toma de decisiones y juicio clínico: Una aproximación psicológica*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1996, pág. 249.

nos ofrece una imagen del ser humano bastante distinta a la de los modelos normativos. El sujeto de capacidades ilimitadas desaparece de la escena y es, por contra, el hombre limitado e inseguro el que desempeña el papel de protagonista en las nuevas teorías psicológicas que intentan describir la toma de decisiones. Al criterio tradicional de *maximización*, NEWELL y SIMON oponen el principio de *satisfacción*, según el cual el individuo no puede prestar atención a todas las facetas o dimensiones de un problema y, por tanto, tenderá a simplificarlo: seleccionará solamente determinados aspectos y considerará *satisfactoria* cualquier alternativa con tal de que solucione o solviente los aspectos seleccionados (79).

Y así ha ocurrido en efecto. Al principio, numerosos estudios habían tomado como modelo para el análisis de decisiones, el perfil del *homo economicus*: un sujeto que actúa en su propio interés, posee información completa acerca del problema, conoce todas las alternativas posibles y las consecuencias de cada una de ellas, extrema la búsqueda de utilidad y es capaz de clasificar las opciones según su probabilidad de maximizar los resultados (80). Pero a partir de los planteamientos psicológicos de SIMON, se suele desechar el paradigma del hombre económico para admitir generalmente que todas las decisiones se adoptan desde *una racionalidad limitada*.

Y esto por dos razones: a) de un lado, porque no se decide sólo a partir de consideraciones estrictamente lógicas, sino que en los procesos de decisión intervienen también los sentimientos, los valores, los hábitos, los condicionamientos de la interacción social o las restricciones institucionales de los cuerpos u organizaciones donde se decide. b) y de otro, porque el propio sistema es incapaz de suministrar en cada caso información completa o siquiera adecuada; y quien toma las decisiones es también incapaz de captar todas las dimensiones del problema y coordinar al máximo la información de que dispone (81).

- b) Las decisiones jurídicas se adoptan *con tasas de confianza variables*. Llamo tasa de confianza (82) a la sensación de convicción o seguridad que nos producen las alternativas que elegimos o las resoluciones que adoptamos. Pues bien, los decisores jurídicos se enfrentan en

(79) Cfr. *ibídem*, págs. 249 y 250.

(80) Cfr. HALL, R. H., *Organizaciones: estructuras, procesos y resultados*, Prentice Hall Hispanoamericana, México, 1996, pág. 174.

(81) Cfr. *ibídem*, págs. 174-176.

(82) Cfr. LINDSAY, P. H. - NORMAN, D. A., *op. cit.*, págs. 812-815. Dentro de los estudios organizacionales se denomina *autoeficacia* a la seguridad que tiene el individuo de realizar algo correctamente en una situación determinada. Vid. al respecto, GIBSON-IVANCEVICH-DONNELLY, *Las organizaciones*, Irwin, Madrid, 1996, págs. 148-150.

muchas ocasiones a la ausencia de precedentes, a la existencia de lagunas legales, a la indefinición o complejidad de los hechos y, a la vez, se ven en la necesidad de dictar la resolución en un plazo legalmente tasado. En esta tesitura, el decisor jurídico —a pesar de la firmeza aparente de sus argumentos— se verá obligado a resolver con tasas de confianza de nivel medio-bajo del tipo «tengo muchas dudas», «no estoy demasiado seguro».

- c) La decisión jurídica se adopta *desde percepciones subjetivas y dentro de un contexto social*. Una resolución o decisión jurídica —señala GARCÍA CALVO (83)— no es, en modo alguno, una acción arbitraria: está predeterminada por el marco general del ordenamiento legal, por la exigencia de motivación fundada y por la aplicación de reglas interpretativas basadas en una tradición consolidada. Pero esto no excluye que, entre los factores que coadyuvan a la decisión, figuren elementos ajenos al discurso jurídico propiamente dicho (84).

En realidad, el juez o cualquier decisor en Derecho no forja su criterio en un aséptico aislamiento, sino *desde sus condicionamientos internos y a partir de un contexto social* (85). El decisor no es ajeno a la negociación, la amenaza, el conflicto, la sumisión, los modelos y las actitudes (86). Y entre los factores subjetivos o contextuales que influyen en su conducta decisoria habrá que contar con las exigencias del sentido común, su percepción personal de lo que es justo, los argumentos de autoridad, las expectativas públicas, la advertencia de posible recursos, las consecuencias de la decisión o las eventuales repercusiones mediáticas del caso.

- d) La decisión jurídica atiende más a *los resultados* que a los razonamientos. A pesar de que toda decisión legal reviste siempre una apariencia lógica, la vida del Derecho —como apuntaba el juez HOLMES— no consiste en lógica sino en experiencia (87). El Derecho está en continuo desarrollo, en permanente evolución, porque los juristas

(83) Cfr. «Interpretación y argumentación jurídica», en *Interpretación y argumentación jurídica*, vol. I. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1995, pág. 10.

(84) TOHARIA recoge la medida (1-5) en que, en opinión de jueces y abogados, determinados factores influyen sobre el ánimo del juez a la hora de formular sus sentencias y decisiones. En relación a los jueces españoles, al lado de la ley escrita (4,64) o la jurisprudencia del Tribunal Supremo (4,10), aparece el sentido común (4,44) o su propia percepción de lo que es justo en el caso concreto (4,42) (cfr. *¡Pleitos tengas!*, Centro de Investigaciones Sociológicas y Editorial Siglo XXI, Madrid, 1987, pág. 133).

(85) Entre los factores contextuales que afectan a la decisión jurídica, SORIA señala «los informes profesionales legales, los periciales, la influencia social de la decisión, el contexto social, el tipo de proceso decisor, la tendencia del decisor y la interpretación personal de la ley y la jurisprudencia» (*op. cit.*, pág. 62).

(86) Cfr. LINDSAY y NORMAN, *op. cit.*, pág. 275.

(87) Cfr. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 186.

prácticos lo adaptan a las necesidades de cada momento (88). La interpretación no consiste sólo en descifrar lo que ha querido decir el legislador, sino en intuir lo que hubiera dicho si hubiese tenido que afrontar el caso concreto que se juzga (89).

Ante realidades jurídicas dinámicas y novedosas, *solvitur ambulando*, se resuelve sobre la marcha, superando la literalidad de las normas mediante la aplicación de los principios generales del Derecho, o seleccionando determinados rasgos de los hechos para situarlos en la categoría jurídica que nos parece más conveniente (90). Pero, aún así, el juez no es un decisor arbitrario, porque no es libre de acoger o inventar cualquier solución para el caso. Deberá actuar, sí, como un legislador ocasional, como un legislador para el supuesto concreto que se le plantea, pero, a la vez, deberá mantener su resolución dentro del conjunto armónico del Derecho vigente (91).

El realidad —como sugiere KAUFMANN— no necesitamos jueces autómatas que subsuman mecánicamente los hechos en el tenor literal de las normas. Lo que desean, de verdad, los justiciables, son juzgadores que, además de conocer las leyes, posean aptitudes, ponderación, experiencia, sentido común y buen criterio (92).

RESUMEN

ABSTRACT

INTERPRETACIÓN JURÍDICA

LEGAL INTERPRETATION

La resolución de problemas jurídicos puede estudiarse desde una doble perspectiva: la perspectiva normativa, es decir, la de cómo deben resolverse y la perspectiva descriptiva, o sea, el cómo se resuelven de hecho en la práctica y en la realidad.

Para comprobar cómo afrontan los problemas concretos los juristas concernidos por ellos, el estudio propone la redacción de protocolos escritos de com-

The resolution of juridical problems can be studied from two points of view: the regulatory point of view, that is to say, the way juridical problems have to be solved and the descriptive point of view, i.e. the way they are actually solved, in practice and in reality.

To check how specific problems are faced up to by the jurists who are concerned with them, the study proposes the drawing up of written protocols of beha-

(88) Cfr. *ibídem*, pág. 188.

(89) Cfr. *ibídem*, pág. 187.

(90) Cfr. *ibídem*, pág. 190.

(91) Cfr. *ibídem*, pág. 189.

(92) Cfr. Pedro SERNA, *op. cit.*, págs. 217 y 218. De hecho sería muy conveniente que las pruebas de acceso a la judicatura permitieran comprobar «la idoneidad caracteriológica exigible al desempeño de la función judicial» (*Desmesura*. Editorial de *El País*, 20 de enero de 2005).

portamiento durante el problema, que ofrecen compilaciones de los procesos mentales y psicológicos del sujeto, susceptibles de análisis e interpretación.

El proceso de resolución se inicia con la detección de la situación problemática, que precisa más de conocimientos jurídicos que de habilidades procedimentales. A esto subsigue una primera impresión diagnóstica que debe considerarse con cautela porque, al ser generalmente simplificada, suele revelarse equivocada.

En la búsqueda de soluciones, para las que es esencial la comprensión estructural del problema, las secuencias no son siempre progresivas, sino más bien circulares o recurrentes. Se producen, a veces, fases de incubación y, en ocasiones, aparece sorpresivamente el insight y con él, la comprensión inesperada y la respuesta iluminadora.

Entre las estrategias utilizadas en la resolución de problemas legales se destacan: el análisis medios-fines, el procedimiento de submetas, el método ensayo-error, la analogía, el replanteamiento organizativo o el sistema de búsqueda hacia atrás.

La resolución de problemas implica también procesos de decisión. El estudio sugiere que la decisión jurídica: a) se adopta desde una racionalidad limitada; b) atiende más a los resultados que a los razonamientos; c) se toma con tasas de confianza variables, y d) se forja dentro de un contexto social y desde percepciones subjetivas.

viour when dealing with the problem, which offer compilations of the mental and psychological processes of the individual, which can be analyzed and interpreted.

The process of resolution starts with identifying what the problem is, which needs juridical knowledge rather than procedural skills. This is followed by a first diagnostic impression which has to be considered cautiously/with caution because, being generally simplifying, it usually proves wrong.

When searching for solutions, for which the structural understanding of the problem is essential, the sequence is not always progressive, but rather, circular or recurrent. Phases of incubation are sometimes produced, and on some occasions, surprisingly, insight appears, and with it the unexpected understanding and an inspired answer.

Among the strategies used in the resolution of legal problems the following stand out: the analysis of the relationship between the means and the end, the achieving of secondary goals, the trial-error method, the analogy, the going back to scratch and working backwards.

The resolution of problems also implies processes of taking decisions. The study suggests that the juridical decision: a) is based on a limited rationality; b) it considers the results rather than the reasoning; c) some steps are more reliable than others and d) it is reached within a social context and from subjective standpoints.

(Trabajo presentado el 04-10-07 y aceptado para su publicación el 14-05-08)