

Alejandro Nieto
Catedrático de Derecho Administrativo

El arbitrio judicial

Editorial Ariel, S.A.
Barcelona

ÍNDICE GENERAL

<i>Introducción</i>	15
CAPÍTULO PRIMERO. Falacias del paradigma jurídico tradicional	19
I. Paradigmas científicos y paradigmas jurídicos	21
1. Un útil concepto de moda	22
2. Paradigmas jurídicos	24
II. El paradigma tradicional y su renovación	26
1. Propositiones fundamentales	26
2. Lo viejo y lo nuevo del paradigma renovador	28
3. La coyuntura del cambio	31
III. Las falacias del paradigma tradicional	33
1. La falacia de los cánones hermenéuticos	34
2. La falacia de la lógica jurídica	35
3. La falacia del determinismo legal	40
3.1. La norma jurídica como regla y como pauta	41
3.2. La ley como oferta y como directriz	46
4. La falacia de la invalidez de las sentencias ilegales	49
4.1. Ilegalidad e invalidez	50
4.2. La aporía de las sentencias contradictorias	52
4.3. La aporía de las sentencias contraley	55
5. La falacia de la única solución correcta	60
5.1. La tesis tradicional de la solución correcta única	60
5.2. Los llamados casos difíciles	63
5.3. Algunas causas de la pluralidad de soluciones correctas	66
5.4. Calificación jurídica de las <i>diversas</i> soluciones	68
5.5. Opción alternativa	70
6. Consideración final	71
CAPÍTULO 2. El método judicial	73
I. Introducción	75
II. Pasos iniciales de encuadramiento del discurso	78
1. Relación de las pretensiones y argumentaciones de las partes	78
2. Planteamiento de la cuestión	79
III. Narración selectiva de los hechos	81

1.	Hecho y Derecho	83
2.	Vaivén hermenéutico	86
3.	Selección de hechos relevantes	88
IV.	Búsqueda y tratamiento de textos y normas	91
1.	El texto aplicable	92
1.1.	Selección	92
1.2.	Declaración de vigencia y validez	92
2.	Del texto normativo a la norma jurídica	93
3.	Establecimiento de la norma general	96
4.	Construcciones conceptuales y disquisiciones jurídico-sistemáticas	97
V.	Creación judicial de normas	100
1.	Desarrollo creador inmanente	100
2.	Desarrollo creador trascendente	101
3.	Recapitulación: la vieja cuestión de la creación judicial del Derecho	103
VI.	Fallo	106
1.	Doctrina tradicional	106
2.	La regla del caso	108
VII.	Crítica y renovación del método tradicional	110
VIII.	Retroceso de la ley	113
1.	Jurisprudencia principalista	113
2.	Jurisprudencia de valores	116
IX.	Crisis de la teoría del silogismo de subsunción	118
1.	La subsunción judicial	119
1.1.	La tradición y su abandono	119
1.2.	Casuística	123
2.	El método lógico-deductivo en las proposiciones de deber ser	124
2.1.	De la necesidad a la probabilidad y los objetos <i>in verba</i>	125
2.2.	Silogismo hipotético	127
3.	De la norma general a la regla del caso	128
X.	Revisión radical: el método inverso	131
1.	Un método alternativo	131
2.	El rechazo impulsivo del procedimiento inverso	134
CAPÍTULO 3. Motivación		137
I.	Introducción	139
II.	Positivación constitucional y legal	140
III.	Excursus: coyunturalidad histórica	140
1.	Edad Media y Antiguo Régimen	142
1.1.	La motivación no estaba prohibida pero se consideraba desaconsejable	142
1.2.	La motivación estaba prohibida	143
1.3.	Algunas excepciones de Derecho europeo	145
2.	La época constitucional	148
2.1.	Oportunidades perdidas en los primeros años del constitucionalismo	149
2.2.	Madurez del constitucionalismo	152

IV.	Motivación: explicación, justificación, argumentación	153
V.	Motivación psicológica: explicación causal.	159
VI.	Motivación jurídica: justificación legal.	162
	1. Funciones procesales y políticas	163
	2. El Tribunal Constitucional y las funciones de la justificación	167
VII.	Contenido	170
	1. Teorías de las congruencias y de la relevancia	171
	2. Votos particulares separados	176
	3. La lucha por el mantenimiento (o la ruptura) de un <i>statu quo</i>	178
VIII.	Relación motivada de hechos probados	179
IX.	La argumentación judicial.	184
	1. Especificidad de la argumentación jurídica	185
	2. De lo verdadero a lo plausible	189
	3. La sentencia como información.	190
	4. Objetivo de la argumentación: el convencimiento.	191
	5. Práctica forense	194
	5.1. Variedades	194
	5.2. Dificultades	195
X.	Psicología de la motivación y de la argumentación	198
CAPÍTULO 4. El arbitrio judicial		201
I.	Planteamiento.	203
II.	Legitimidad	206
III.	Excursu histórico	209
	1. Identificación	210
	2. Arbitrio y arbitrariedad	212
	3. Los excesos de la práctica	213
	4. Arbitrio penal	214
	5. Supervivencia de la discrecionalidad penal y administrativa en el siglo XIX	216
	6. Al margen de la ley: el juicio de albedrío	218
IV.	Concepto	219
V.	Ámbito de ejercicio	222
	1. En los huecos de la legalidad.	224
	2. A través de los intersticios de la legalidad estricta	228
	3. En la encrucijada de una pluralidad de soluciones.	230
	4. Equidad	232
	5. El proceso como sucesión de actos arbitrados	235
VI.	En especial, el arbitrio en materia de prueba.	236
	1. Sistema legal.	237
	1.1. Apreciación legalmente tasada	237
	1.2. Apreciación absolutamente libre o en conciencia.	238
	1.3. Apreciación libre con arreglo a la sana crítica.	240
	1.4. Valoración conjunta de la prueba	241
	1.5. Indicios	242
	2. Aparición del arbitrio	245
	3. Declaración finalista: la verdad procesal	248

VII.	Explicación general	255
1.	Insuficiencia de los textos normativos	255
2.	Mecanismo de concreción de normas abstractas	257
3.	La realidad borrosa	261
4.	Necesidad del sistema: el valor normativo de lo fáctico	264
VIII.	Criterios de ejercicio	266
CAPÍTULO 5. Enjuiciamiento de la sentencia		271
I.	Introducción	273
1.	Corrección del fallo y corrección de los fundamentos jurídicos	274
2.	Juicios que ha de superar la sentencia	276
II.	Vicios relevantes de la justificación	281
1.	Ausencia total o parcialmente grave de motivación	282
2.	Insuficiencia	282
3.	Efectos prácticos	284
4.	Otros vicios (remisión)	286
III.	Vicios no relevantes de la justificación	286
IV.	Juicios objetivos	290
1.	Coherencia lógico-deductiva	291
2.	Teorías de la argumentación	292
V.	Juicio de corrección jurídica: legalidad	294
1.	Planteamiento	294
2.	La técnica jurídica	297
3.	El jurista y la comunidad	303
3.1.	La opinión de la mayoría en la comunidad política	305
3.2.	Los valores culturales relevantes de la comunidad social	306
3.3.	La <i>communis opinio</i> de la comunidad jurídica	307
3.4.	La doctrina dominante	309
VI.	Juicio de verdad	311
VII.	Consideración final	312
CAPÍTULO 6. Más allá de la ley: Irracionalidad, irrazonabilidad y arbitrariedad		315
I.	Introducción	317
1.	De nuevo una moda	317
2.	Por encima de la ley, más allá de la ley	321
3.	Legitimación de la decisión judicial	323
II.	Racionalidad	325
1.	El racionalismo matriz	325
2.	Concepto	328
3.	La racionalidad como procedimiento y su control	331
III.	Razonabilidad	335
1.	Creación judicial	335
2.	Razonabilidad y racionalidad	339
2.1.	Dos conceptos distintos	339

	2.2. Lo razonable como alternativa a lo racional	341
	2.3. Lo razonable complementa lo racional	342
	2.4. Carácter subsidiario	344
	3. Breve excursus de Derecho comparado	345
	4. Reelaboración del concepto	346
	5. El juicio de razonabilidad y el nuevo paradigma	351
IV.	Arbitrariedad judicial	353
	1. La arbitrariedad de la Administración como primera piedra	356
	2. De la arbitrariedad de la Administración a la arbitrariedad del legislador.	358
	3. Estación término: la arbitrariedad judicial	360
V.	Concepto	362
	1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su crítica	362
	2. La reforma del Código penal de 1995.	366
	3. Ejercicio indebido del arbitrio	368
VI.	Control de la arbitrariedad	370
	1. Por motivos formales: ausencia de motivación suficiente	370
	2. Control del ejercicio indebido del arbitrio	375
	2.1. Límites tradicionales del arbitrio.	376
	2.2. Técnicas actuales	378
	3. En materia de hechos	380
	3.1. Control de apelación	382
	3.2. Control casacional	382
	3.3. El principio de inmediación y la incidencia del error.	385
	3.4. Gradación del arbitrio: secuencia valorativa	387
VII.	Rectificación y sustitución.	389
VIII.	Observaciones complementarias	391
	1. Una innovadora reflexión constitucional: la STC 214/1999	391
	2. Superfluencia de conceptos y de técnicas de control	393
CAPÍTULO FINAL. La conciencia positiva de la inevitable subjetividad		397
APÉNDICE. Parábola del portal de Belén		403
	1. Parábola	405
	2. Intereses en juego	406
	2.1. Intereses propios del juez	406
	2.2. Asunción de intereses ajenos.	407
	2.3. Cálculos estratégicos	407
	2.4. Factores mediáticos	408
	3. Sentimiento y razonamiento	409
	3.1. Impulsos personales: intuiciones	410
	3.2. El sentimiento jurídico	414
	3.3. El sentimiento de justicia y de injusticia	418
	4. Análisis secuencial: predisposición y prejuicio	421
	5. La personalidad del juez	424
	5.1. Personalidad individual.	424

5.2. Tipologías funcionales	426
5.3. Causas y predicciones	429
6. España	431
6.1. De la carrera judicial a los jueces estrella	431
6.2. Estudios psicosociológicos	434
<i>Bibliografía seleccionada</i>	437