

METODOLOGÍA PARA EL ANÁLISIS DISCURSIVO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES¹

METHODOLOGY FOR THE DISCURSIVE ANALYSIS OF JUDICIAL DECISIONS

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Cádiz

<https://orcid.org/0000-0003-2103-347X>

Cómo citar este trabajo: Álvarez del Cuvillo, A. (2026). Metodología para el análisis discursivo de las resoluciones judiciales. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 16 (1), 1–31. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.13041>

RESUMEN

Este trabajo propone una metodología sistemática para el análisis discursivo de resoluciones judiciales. Frente al paradigma doctrinal tradicional, centrado en la reconstrucción interna de la “doctrina judicial”, se plantea un enfoque empírico y cualitativo que concibe las sentencias como prácticas sociales y comunicativas situadas en un contexto determinado. La propuesta distingue cinco finalidades posibles del análisis –dialéctica, retórica, explicativa, predictiva y crítica– que pueden combinarse entre sí y que orientan las decisiones relativas a la selección muestral, la construcción del marco teórico, la codificación y la interpretación de los datos. Asimismo, se subraya la utilidad de enfocar el estudio en los dilemas

¹El autor agradece el apoyo financiero del Programa Operativo FEDER Andalucía 2021-2027 y de la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía (Proyecto FEDER – UCA-2024-A2-15 "La eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito laboral: nuevos retos para la práctica jurídica").

jurídicos, retóricos o de justicia material a los que se enfrentan los órganos judiciales, como estrategia para comprender tanto la estructura argumentativa de las resoluciones como los condicionamientos institucionales y sociales que las atraviesan. La metodología aspira, en definitiva, a complementar la aproximación doctrinal clásica mediante herramientas que permitan analizar de manera rigurosa y reflexiva la producción judicial, favoreciendo una Ciencia Jurídica más consciente de sus bases epistemológicas y de los efectos reales del discurso jurídico sobre las personas y los colectivos afectados.

PALABRAS CLAVE: análisis del discurso judicial, estudios empíricos en Derecho, argumentación jurídica, retórica judicial, Derecho del Trabajo.

ABSTRACT

This article offers a systematic methodology for the discursive analysis of judicial decisions. In contrast to the traditional doctrinal paradigm, centred on the internal reconstruction of “case law”, it proposes an empirical and qualitative approach that conceives judgments as socially and communicatively situated practices. The methodology identifies five possible analytical purposes—dialectical, rhetorical, explanatory, predictive and critical—which may be combined and which guide key research decisions concerning sample selection, theoretical framing, coding procedures and data interpretation. The article also highlights the value of focusing the analysis on the legal, rhetorical or substantive-justice dilemmas faced by judicial bodies, as a strategy to shed light both on the argumentative structure of decisions and on the institutional and social conditions that shape them. Ultimately, the proposed methodology aims to complement rather than replace the classical doctrinal approach by providing tools for rigorous and reflexive scrutiny of judicial reasoning, thereby contributing to a legal scholarship more attentive to its epistemological foundations and to the real effects of judicial discourse on individuals and vulnerable groups.

KEYWORDS: judicial discourse analysis, empirical legal studies, legal argumentation, judicial rhetoric, labour law.

SUMARIO

- I. Introducción: el estudio de las sentencias judiciales como práctica jurídica discursiva*
- II. Determinación de las finalidades generales de la investigación*
- III. La identificación de los dilemas judiciales*

IV. Revisión bibliográfica, examen exploratorio y definición del marco teórico

V. La selección de los casos

VI. Codificación y análisis

VII. Conclusiones

Bibliografía

I. Introducción: el estudio de las sentencias judiciales como práctica jurídica discursiva

Si se pregunta a cualquier jurista académico por el objeto de estudio de la Ciencia Jurídica, responderá invariablemente que este no puede ser otro que el Derecho. Sin embargo, la determinación de lo que haya de ser “Derecho” depende en realidad del paradigma que se adopte como punto de partida, que a menudo se asume implícitamente, sin una reflexión previa que lleve a un compromiso epistemológico consciente. A grandes rasgos, podríamos distinguir dos grandes concepciones del Derecho como objeto de estudio científico: como un conglomerado de representaciones compartidas o como un conjunto de prácticas sociales. Las “representaciones jurídicas” son los enunciados abstractos que en una comunidad determinada se perciben como “normas” o “principios” vinculantes, según las reglas de legitimidad de cada sistema jurídico². En cambio, las “prácticas jurídicas” serían los comportamientos y los discursos concretos que aluden explícitamente a estas representaciones, como, por ejemplo, los contratos, los actos administrativos, las decisiones unilaterales del empresario que aplican las normas, los actos procesales de parte o las resoluciones judiciales³.

En otro orden de cosas, existen dos grandes perspectivas para analizar sistemáticamente el Derecho: la “perspectiva interna” (doctrinal) y la “perspectiva externa” (crítica). La perspectiva interna responde a la racionalidad del sistema jurídico que se analiza, a la

² También podríamos incluir aquí los “conceptos” o categorías jurídicas generalmente aceptados que se utilizan para identificar, interpretar y aplicar las normas. Sin embargo, en el paradigma del positivismo legalista hegemónico, se considera que estos conceptos derivan del texto de las normas mismas, aunque materialmente a menudo son construcciones teóricas que no están presentes literalmente en los textos, pero que facilitan su comprensión dentro de un cierto consenso. Desde un paradigma más cercano al realismo jurídico podríamos considerar estos conceptos como creencias compartidas por la comunidad de los juristas.

³ Se ofrece aquí un concepto de “práctica” simplificado para los propósitos de este artículo. En realidad, esta noción puede abarcar también a las propias normas jurídicas si estas se contemplan de manera dinámica más que estática, como discursos humanos encarnados en prácticas sociales y comunicativas concretas, es decir, como acciones humanas o productos intersubjetivos de estas acciones y no solamente como mandatos abstractos que se consideran obligatorios.

que el discurso se adhiere (opera “desde dentro” del Derecho); así sucede, por ejemplo, cuando se interpreta el significado de una norma en particular. En cambio, la perspectiva externa contempla el Derecho “desde fuera” de sí mismo, a través de categorías teóricas ajenas al sistema jurídico observado, ya sea para emitir juicios de hecho –enunciados socio-jurídicos– o juicios de valor –enunciados valorativos⁴. Al igual que sucede en el resto de las ciencias sociales y humanas, estas dos perspectivas no solo no son excluyentes, sino que, en realidad se complementan entre sí⁵, de manera que, en último término, su interacción es necesaria para una comprensión cabal del Derecho⁶.

En la actualidad, en el ámbito académico español predomina, al menos a primera vista, la idea del Derecho como un conjunto de representaciones, así como la perspectiva interna como forma de aproximación, si bien esta óptica se complementa con la formulación de juicios valorativos (*de lege ferenda*) respecto a posibles regulaciones futuras. En definitiva, manteniendo la herencia del positivismo legalista, el “Derecho” se concibe como un conjunto de normas abstractas producidas o autorizadas expresamente por el poder del Estado⁷ (el “ordenamiento jurídico”). El conocimiento que proporciona este paradigma, siendo necesario, resulta insuficiente para atender a las necesidades reales de los operadores jurídicos (legislador, interlocutores sociales, profesionales del Derecho, etc.). Por eso, más allá de este predominio aparente de la concepción restringida del término “Derecho”, lo cierto es que la comunidad académica ha terminado abordando en gran medida el estudio de la práctica jurídica, aunque a menudo lo ha hecho sin partir de un planteamiento metodológico explícito.

Sin ninguna duda, las prácticas más estudiadas han sido las resoluciones judiciales, debido a que es para todos evidente que ningún profesional puede desenvolverse en el campo jurídico sin tomarlas suficientemente en consideración. Sin embargo, nuevamente, el análisis de estas resoluciones se realiza sobre todo desde el paradigma del Derecho como “representación”, contemplado desde una “perspectiva interna”. Así,

⁴ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. “Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de derecho positivo”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 21, 2018, pp. 102-119.

⁵ HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*, 2^a Edición (reimpresión). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963 (obra original publicada en 1961), ISBN: 9502000897, pp. 110-113, 122 y 128 y ss.

⁶ De hecho, a menudo aparecen entrelazadas en la práctica. Por ejemplo, un trabajo sobre la normativa relativa a la contratación temporal a menudo toma en consideración la generalización del fraude de ley (que implica ya enunciados de hecho que rebasan el análisis interno de las normas). No obstante, lo normal es que en un trabajo tienda a predominar una de ellas; esto no es de por sí, pero, en todo caso, la Ciencia Jurídica, como un todo, debe comprender necesariamente ambas ópticas. En este sentido, el énfasis “doctrinal” en la perspectiva interna puede provocar que los enunciados socio-jurídicos o valorativos que en realidad se hacen -porque es necesario que se hagan- no terminen siendo rigurosos desde un punto de vista científico o filosófico.

⁷ ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta, 2017. ISBN: 9788498796988, p. 13; GARCÍA MANRIQUE, R, Argumentación en derechos humanos. En G. Escobar Roca y R. García Manrique, *Argumentación e investigación en derechos humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 13-95. ISBN: 9788413136844, p 17.

se pone un particular énfasis en la descripción y sistematización de la doctrina de los tribunales superiores, en la medida en que esta opera como complemento del “ordenamiento jurídico”. Dicho de otro modo, se procura extraer de las sentencias parámetros generales y abstractos respecto a la interpretación del contenido de las normas que terminan ampliando o expandiendo los contenidos del Derecho de manera oficiosa, aunque no formen parte del ordenamiento en sentido estricto. En efecto, aunque el ordenamiento jurídico español, en la línea de los sistemas europeos continentales, no reconoce con carácter general el papel de la “jurisprudencia” como fuente del Derecho en sentido formal, sí que asume expresamente su papel complementario (art. 1.6 del Código Civil). Claro está que, desde una perspectiva pragmática, es evidente que las pautas jurisprudenciales tienen mayor operatividad y valor predictivo que las explicaciones doctrinales de carácter académico, no solo por su innegable valor retórico de cara a procesos judiciales futuros, sino también por su eficacia estrictamente procesal en relación con la lógica del sistema de recursos. Esta relevancia práctica implica que, en último término, la “glosa” que hace la doctrina académica de los enunciados legales debe tomar siempre en consideración estas pautas generales extraídas de las resoluciones judiciales de los órganos superiores. En realidad, estas pautas terminan adhiriéndose de algún modo al texto de las normas desde un punto de vista estrictamente práctico, pues no pueden ser desconocidas por los operadores jurídicos. Desde luego, la academia no se limita a exponer esta doctrina jurisprudencial, sino que también la somete a crítica; no obstante, habitualmente lo hace desde una perspectiva interna a la lógica del sistema jurídico. En otras palabras, los juristas académicos realizan su propia interpretación del marco jurídico aplicable al caso y, a partir de ella, evalúan si las resoluciones judiciales o su argumentación son “correctas” desde un punto de vista jurídico-formal, contribuyendo en el mejor de los casos a su posible transformación futura, en tanto que el criterio que realmente prevalece en el foro es el de la jurisprudencia.

Una vez más, este tipo de análisis es necesario, pero no resulta suficiente para atender a todos los requerimientos de la práctica. Así, por ejemplo, los operadores jurídicos a menudo están interesados en detectar qué tipo de estrategias o de argumentaciones tienen mayor probabilidad de éxito ante un determinado órgano judicial. Asimismo, los sujetos que intervienen en la producción de normas pueden tener interés en saber en qué medida sus propuestas van a ser acogidas por la práctica judicial, puesto que esta podría terminar desvirtuando sus propósitos originales. Por otra parte, los jueces y magistrados pueden requerir orientaciones críticas acerca de cómo deben construirse los razonamientos judiciales o cómo es más apropiado presentarlos retóricamente. Por eso mismo, algunos análisis doctrinales tradicionales terminan incorporando apreciaciones que van más allá de la mera descripción del contenido doctrinal de las sentencias o de su contraste con el marco jurídico vigente, como, por ejemplo, críticas a los esquemas de razonamiento utilizados. Sin embargo, estas afirmaciones generalmente se hacen de

manera puramente intuitiva, sin vincularse a un enfoque más metódico y autoconsciente que pueda conectarse con unos propósitos de investigación determinados.

En este trabajo pretendo aportar algunas pautas metodológicas dirigidas a estudiar sistemáticamente las sentencias judiciales como discursos encarnados en prácticas sociales y comunicativas concretas, que no solo apelan a las normas y principios que constituyen el “ordenamiento jurídico”, sino que también se entrelazan con factores sociales, políticos, económicos, culturales, lingüísticos y lógicos. Este tipo de investigaciones van más allá del análisis doctrinal clásico y se sitúan en el ámbito de los estudios jurídicos empíricos (*empirical legal studies*). Ciertamente, algunas veces se asocia a los estudios empíricos con técnicas cuantitativas, pero en este trabajo se pondrá el foco en la investigación cualitativa. Más allá de esto, se propone un conjunto muy amplio de posibilidades. Esto puede resultar un tanto abrumador para el jurista entrenado en los métodos tradicionales; no se trata, sin embargo, de aplicar todas estas pautas de manera simultánea, sino más bien de mostrar caminos diversos que pueden incorporarse de manera progresiva al estudio académico de las sentencias judiciales, según las necesidades de cada estudio. El modelo que aquí se presenta resulta, a mi juicio, de interés para las investigaciones que puedan llevarse a cabo en cualesquiera de las áreas del derecho positivo (Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Administrativo...). Sin embargo, se ha construido a partir de la experiencia concreta del autor en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, lo que puede implicar un cierto sesgo en los ejemplos o en las temáticas escogidas; en todo caso, en la revisión bibliográfica se han incluido estudios que han mantenido esta perspectiva en diversas áreas, normalmente, en el contexto anglosajón, donde están más extendidos.

Para llevar a cabo una investigación ordenada, es preciso distinguir entre las distintas tareas u operaciones intelectuales que resultan necesarias. Ahora bien, aunque el esquema de tareas que aquí se presenta puede servir de orientación general, no debe interpretarse como una prescripción rígida que deba seguirse al pie de la letra. Dependiendo de la temática de la investigación, algunos pasos pueden tener poca relevancia o ninguna, mientras que otros pueden cobrar particular importancia. Por otra parte, estas tareas no necesariamente deben realizarse de manera sucesiva en el orden en el que aquí se exponen. Ello dependerá de los propósitos de investigación, de las metodologías concretas de análisis que se sigan e incluso de cuestiones puramente aleatorias e imprevisibles relativas a las condiciones de cada investigación. De hecho, lo más habitual es que estas tareas no se realicen en fases sucesivas que se cierren completamente, dando paso a las siguientes, sino que se tenga que volver a ellas una y otra vez en el proceso circular que caracteriza a toda indagación de carácter hermenéutico.

Tabla 1. Esquema de tareas para el análisis del discurso judicial

- Determinación de las finalidades generales de la investigación
- Identificación de los dilemas judiciales
- Revisión bibliográfica y análisis exploratorio
- Definición del marco teórico: hipótesis y categorías analíticas
- La selección de los casos
- La codificación
- El análisis de contenido y de discurso

II. Determinación de las finalidades generales de la investigación

Los trabajos de investigación jurídica normalmente se orientan a satisfacer uno o varios propósitos prácticos que tienen una cierta dimensión aplicada. Las finalidades prácticas para llevar a cabo un análisis del discurso judicial como práctica social pueden ser muy variadas. En este trabajo quiero destacar cinco finalidades para el estudio empírico de las sentencias judiciales: dialéctica, retórica, explicativa, predictiva y crítica. Estas se configuran al mismo tiempo como dimensiones o enfoques del análisis, dado que pueden afectar significativamente a la elección de los problemas a tratar, a la selección de los materiales y a las categorías teóricas utilizadas.

A) La finalidad dialéctica se centra en el análisis de la argumentación judicial desde un punto de vista formal, ya sea en términos descriptivos o evaluativos.

Desde una perspectiva descriptiva, puede resultar muy útil recuperar y adaptar a nuestro contexto la tradición de la dialéctica y retórica clásicas de elaborar “catálogos de tópicos”, que recopilen lugares comunes del razonamiento judicial en torno a un tema, identificados a partir del estudio empírico de las resoluciones, con objeto de facilitar la invención de argumentos por las partes y el juez⁸. Por otra parte, en los últimos tiempos, la descripción analítica de la argumentación judicial está adquiriendo una creciente importancia de cara al desarrollo de herramientas de inteligencia artificial⁹.

Desde la óptica evaluativa, puede valorarse la “calidad” de la argumentación, con independencia de que se comparta o no la solución que finalmente se adopte¹⁰. Se trata

⁸ Así, por ejemplo, véase el catálogo de tópicos sobre la resolución de conflictos de adaptación de la prestación de trabajo a las necesidades de conciliación familiar en ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Las adaptaciones de la prestación laboral a las necesidades de conciliación familiar: una perspectiva tópica”, *Revista Galega de Dereito Social*, n.º21, 2024, pp. 88-91. Puede consultarse una versión actualizada del catálogo en <https://rodin.uca.es/handle/10498/33138>.

⁹ Así, por ejemplo, PLUG, J., “Indicators of *obiter dicta*. A pragma-dialectical analysis of textual clues for the reconstruction of legal argumentation”, *Artificial Intelligence and the Law*, nº 8, 2000, se ocupa de los indicadores lingüísticos que permiten distinguir entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*.

¹⁰ Naturalmente, es posible que se esté de acuerdo con el fallo de una sentencia, pero que, aun así, se considere que la motivación es insuficiente o errónea. Por otra parte, aunque este análisis formal se sitúa en una perspectiva “externa”, no está completamente desvinculado de la perspectiva “interna”, dado que algunas deficiencias en la argumentación podrían llevar a postular la invalidez de la resolución examinada. No obstante, esta última situación no se produce en todo caso, sino que depende de las concretas deficiencias observadas y de las vías procesales que existan para recurrir la sentencia objeto de crítica.

de analizar, por ejemplo, si las resoluciones judiciales observadas han ponderado suficientemente las posiciones e intereses de las partes o si han tomado en consideración todos los hechos alegados y probados que sean relevantes; si se han aplicado correctamente las reglas de la carga de la prueba; si se han tomado en consideración todos los argumentos jurídicos que pudieran resultar pertinentes; si, por el contrario, se aportan argumentos extrajurídicos –por ejemplo, morales o económicos– que no tienen suficiente apoyo en el ordenamiento; si se proporciona una motivación suficiente e inteligible de las valoraciones o apreciaciones sometidas a discusión; si se han incorporado falacias lógicas¹¹ o dialécticas¹², etc.

Estos análisis evaluativos pueden alcanzar resultados muy satisfactorios acudiendo simplemente a los conocimientos y competencias tradicionalmente adquiridos por los juristas académicos. No obstante, también se puede buscar una mayor profundidad del análisis acudiendo a los desarrollos más avanzados en el ámbito de la teoría de la argumentación, como por ejemplo, el enfoque pragma-dialéctico de Van Eemeren y Grootendorst, que proporciona instrumentos metodológicos para evaluar la racionalidad de los movimientos comunicativos destinados a resolver una diferencia de opinión en cualquier contexto¹³.

Los estudios planteados desde la perspectiva dialéctica pueden resultar útiles para los jueces y magistrados, puesto que permiten identificar buenas y malas prácticas en la

¹¹ Un ejemplo, a mi juicio, de error lógico sería el tratamiento que hace la STJUE *Wolf*, de 12-1-2010 del “requisito esencial y determinante”, que después de exponer correctamente el significado de esta categoría jurídica, inmediatamente lo invierte, preguntándose si la condición física es un requisito esencial o determinante vinculado con la edad, cuando, en realidad, se está enjuiciando una medida que hace exactamente lo contrario, esto es, que utiliza una clasificación de edad para presumir la condición física (Apdo. 36). Normalmente, los errores lógicos no son estrictamente condicionados, sino que están condicionados por la complejidad de los dilemas jurídicos, retóricos o de justicia material que la sentencia debe abordar.

¹² A mi juicio, un ejemplo de falacia dialéctica es la famosa “teoría tripartita” que aparece utilizar el Tribunal Constitucional español cuando resuelve cuestiones relativas a la titularidad y ejercicio de derechos constitucionales por parte de los extranjeros. Esta construcción teórica resulta inoperante en la práctica, pero proporciona una apariencia de argumentación que puede utilizarse para enmascarar un razonamiento incompleto. A este respecto, puede consultarse el voto particular de Fernando Valdés Dal-Ré a la STC 139/2016 relativa al acceso de los extranjeros en situación irregular a la sanidad pública gratuita.

¹³ *Vid.* VAN EEMEREN, F. H. y GROOTENDORST, R., *A systematic theory of argumentation: the pragma-dialectical approach*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004. ISBN: 9780511164859. Esta metodología se ha empleado en ocasiones para analizar en profundidad el discurso de los jueces. Así, por ejemplo, FETERIS, E. T. "Prototypical Argumentative Patterns in a Legal Context: The Role of Pragmatic Argumentation in the Justification of Judicial Decisions", *Argumentation*, Vol. 30, 2015, se refiere al recurso a los argumentos basados en las consecuencias que podría tener la decisión judicial; PLUG, H. J., "Reconstructing and evaluating genetic arguments in judicial decisions", *Argumentation*, vol. 19, 2005/2006 se ocupa de la identificación de la intención del legislador a partir de los trabajos legislativos, las declaraciones políticas o el texto de los preámbulos; PLUG, H. J. "Maximally argumentative analysis of judicial argumentation", en EEMEREN, F. H. van (Ed.), *Advances in Pragma-Dialectics*, Virginia: Sic Sat/Vale Press, 2002, ISBN: 9074049060, pp. 261-270, propone una teoría para abordar la distinción entre argumentos múltiples o combinados, que es relevante para evaluar si los órganos judiciales han dejado argumentos relevantes sin contestar.

argumentación, facilitando así la elaboración de las sentencias. Asimismo, también pueden servir de ayuda a los abogados y graduados sociales, puesto que facilitan la búsqueda de argumentos apropiados, así como la crítica de las argumentaciones erróneas que pudieran construir tanto la contraparte como el órgano judicial.

B) La finalidad retórica se centra en el modo en el que se presentan o expresan los argumentos, desde el punto de vista lingüístico o narrativo. Por supuesto, esta dimensión está íntimamente conectada con la perspectiva dialéctica y a veces no puede separarse de ella, pero se sitúa en un nivel todavía más formal y, por tanto, más alejado de la “perspectiva interna” del Derecho. En este caso, el objetivo es identificar las estrategias utilizadas por los órganos judiciales para seleccionar los argumentos que resultan más convincentes en un contexto determinado y para plasmarlos en el discurso de manera persuasiva.

Así, por ejemplo, puede tomarse en consideración el orden en el que se exponen los argumentos, la selección de los hechos que se incluye en la narración, el mayor o menor grado de desarrollo de los enunciados, el registro lingüístico utilizado, la carga emotiva o simbólica de las palabras utilizadas, los ejemplos a los que se acude, los tropos literarios o los modalizadores discursivos, etc. En este sentido, las estrategias comunicativas utilizadas por el órgano judicial serán “correctas” desde el punto de vista retórico cuando se ajusten a la materia, ocasión, propósito y audiencia¹⁴; en cambio, podrán evaluarse como técnicamente inadecuadas cuando existan disfunciones expresivas o comunicativas que hagan la argumentación poco clara, poco transparente o poco convincente, incluso aunque el investigador o investigadora esté de acuerdo con la solución adoptada.

También puede considerarse que forma parte de la dimensión retórica la evaluación del grado de eficacia de cada uno de los argumentos seleccionados por el órgano judicial desde una perspectiva “externa”, más allá de la lógica jurídico-formal, aunque no necesariamente incompatible con ella. En efecto, la eficacia persuasiva de un determinado argumento – se considere o no “correcto” desde la perspectiva interna – depende en gran medida del contexto histórico, social, económico y cultural¹⁵. En este sentido, el análisis de las resoluciones judiciales puede poner de manifiesto que determinados argumentos se han seleccionado precisamente porque son fácilmente comprendidos y asumidos en el contexto en el que se dicta la sentencia o, por el contrario, pueden identificarse argumentos que –incluso si son jurídicamente

¹⁴ HENDERSON, G., “The Cost of Persuasion: Figure, Story, and Eloquence in the Rhetoric of Judicial Discourse”, *University of Toronto Quarterly*, vol. 75, n.º 4, 2006, p. 913.

¹⁵ LINOS, K. y CARLSON, M., “Qualitative Methods for Law Review Writing”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 84, n.º 1, 2017, p. 220; SLINGENBERG, L., “Deservingness in Judicial Discourse. An Analysis of the Legal Reasoning Adopted in Dutch Case Law on Irregular Migrant Families’ Access to Shelter”, *Social Policy & Society*, vol. 20, n.º 3, 202; STEPIEN, B., “Using Case Studies or Research on Judicial Opinions: Some Preliminary Insights”, *Law and Method*, 2019, p. 8.

“correctos”– resultan difíciles de entender o de asumir por la sociedad, al menos tal y como se han formulado.

En otros casos, el análisis retórico o lingüístico no dirige a detectar buenas o malas prácticas comunicativas por parte del órgano judicial, sino que se acude al análisis de las expresiones concretamente utilizadas precisamente para detectar dónde se encuentran los elementos más problemáticos de la argumentación¹⁶. Una vez identificados, estos problemas pueden analizarse desde las demás perspectivas, en cuyo caso el análisis retórico habría cumplido una función meramente instrumental¹⁷.

C) La finalidad explicativa consiste en determinar los factores o elementos que subyacen al fondo de la decisión o a las estrategias argumentativas y retóricas adoptadas por el órgano judicial. Seguramente no es posible presentar estos factores explicativos como relaciones causales que operen de manera determinista o absoluta; por lo demás, tampoco pueden expresarse en términos numéricos, salvo que se utilicen técnicas cuantitativas, lo que implica una serie de desventajas debido a la necesidad de reducir el contexto para operacionalizar las categorías. Ahora bien, la “explicación” puede entenderse también en términos “hermenéuticos”¹⁸, como amplificación de la “comprensión” de la resolución estudiada a partir de la aportación de contexto. En definitiva, puede componerse una argumentación que permita postular de manera plausible la existencia de conexiones razonables entre los elementos contextuales que se aportan y el discurso judicial objeto de análisis.

Estos elementos contextuales pueden ser muy variados. Algunos derivarían de la práctica jurídica –como el texto de las normas o la doctrina judicial previamente consolidada– y se podrían contemplar tanto desde la perspectiva interna como desde la perspectiva externa. Otros, en cambio, derivarían de factores de carácter extrajurídico (psicológicos, sociológicos, económicos, culturales, etc.) que terminan incidiendo en la decisión judicial y en su argumentación¹⁹.

Desde esta perspectiva puede analizarse, por ejemplo, la influencia de los discursos gerenciales actualmente dominantes en el mundo empresarial en la interpretación

¹⁶ En este sentido, la dimensión retórica conecta plenamente con el enfoque pragmataléctico que se ha mencionado anteriormente, puesto que este se sostiene sobre el análisis de los “actos del habla”.

¹⁷ Por ejemplo, en la STJUE *Palacios de Villa* (Apdo. 77) se acude a una llamativa “doble negación”, cuando se hace referencia a que los medios utilizados para alcanzar la finalidad de empleo en una cláusula de jubilación forzosa “no sean inadecuados ni *innecesarios*”. A mi juicio, esta expresión se dirige consciente o inconscientemente a rebajar la intensidad de la exigencia impuesta por la palabra “necesidad”. En efecto, parece difícil que una jubilación forzosa de las personas que tengan derecho a prestación de jubilación sea estrictamente “necesaria” para alcanzar objetivos de empleo, por lo que la carga de exigencia se suaviza pidiendo que “no sea innecesaria”. Este hallazgo lingüístico termina poniendo el foco sobre el problema del concepto de “necesidad” aplicado a la justificación de la diferencia de trato, lo que puede abordarse desde una perspectiva dialéctica, explicativa o crítica.

¹⁸ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Reflexiones epistemológicas...”, *Op. Cit.*, pp. 82-87.

¹⁹ STĘPIEŃ, B., *Op. Cit.*, p. 11.

judicial de las causas económicas y empresariales; el peso de la inercia de la doctrina judicial de los tribunales superiores, incluso aunque cambien las normas jurídicas que habían sido objeto de interpretación; las consecuencias negativas que presenta la construcción de doctrinas generales en torno a casos concretos muy específicos; el activismo judicial o, al contrario, la contención; el posible desafío de los órganos judiciales jerárquicamente inferiores a la doctrina establecida por los superiores; la voluntad judicial de limitar las posibilidades de impugnación de los laudos arbitrales en materia electoral; la influencia de los condicionamientos presupuestarios en las cuestiones relativas a seguridad social; la influencia de los elementos ideológicos en las resoluciones relacionadas con la extranjería; las reacciones del órgano judicial frente a los defectos graves en la defensa ejercida por los profesionales que provoquen un perjuicio a la parte, etc.

D) La finalidad predictiva consiste en anticipar las decisiones judiciales futuras –o, en su caso, las estrategias argumentativas que los jueces pueden adoptar frente a determinados dilemas–. Salta a la vista que las posibilidades de predecir con certeza los resultados de la actividad judicial son bastante limitadas²⁰. Desde luego, es posible llevar a cabo estudios cuantitativos que permitan representar porcentajes de éxito en relación con determinadas variables, pero lo cierto es que la utilidad de este tipo de resultados es muy relativa, como ya se ha mencionado. Asimismo, aunque pueden buscarse correlaciones entre los hechos del caso y el contenido del fallo, esto puede llevar a predicciones puramente circulares o tautológicas, dado que es posible que, por motivos retóricos, los jueces seleccionen precisamente los hechos que conducen a la solución finalmente adoptada²¹ o incluso que omitan los motivos que realmente les han llevado a adoptar una decisión cuando estos son difíciles de justificar²². No obstante, lo cierto es que la comprensión de las sentencias a partir de la perspectiva explicativa puede facilitar una cierta capacidad de anticipación respecto al razonamiento de los órganos judiciales en determinados contextos, tomando en consideración las circunstancias concurrentes. Por más que esto no permita una predicción precisa, sí que puede orientar razonablemente el proceso de adopción de decisiones, ya sea desde el punto de vista de las partes –para determinar las estrategias procesales que resultan más eficaces en distintas circunstancias– ya sea desde el punto de vista del legislador, para anticiparse en la medida de lo posible a la recepción que podría tener una determinada reforma normativa.

E) Por último, la finalidad crítica consiste fundamentalmente en el desvelamiento de las relaciones de poder inscritas en el discurso judicial, con el propósito de facilitar la emancipación de las personas y grupos vulnerables. Anteriormente se ha hecho

²⁰ HALL, M. A. y WRIGHT, R. F., “Systematic Content Analysis of Judicial Opinions”, *California Law Review*, vol. 96, n.º 1, 2008, pp. 94-95.

²¹ *Ibid.*, p. 95.

²² STĘPIEŃ, B., *Op. Cit.*, p. 8.

referencia a una perspectiva “evaluativa” que también contiene elementos críticos, pero estos tendrían un carácter puramente técnico, es decir, funcionarían como medios al servicio de un fin determinado. Dicho de otro modo, la evaluación dialéctica o retórica estaría relacionada con una finalidad predefinida ya sea, la aplicación “correcta” del ordenamiento desde una perspectiva interna, ya sea el éxito de las partes en una controversia procesal. Sin embargo, aquí utilizo la palabra “crítica” en un nivel más profundo, vinculado a la discusión racional de las finalidades perseguidas por la acción humana y, en concreto, a la transformación de la sociedad en sentido emancipatorio para las personas y grupos más vulnerables²³. Por supuesto, cuando se adopta esta perspectiva, ciertamente se pretende que la indagación teórica tenga una cierta aplicabilidad, pero esta no puede materializarse como una relación instrumental entre medios y fines. El “análisis crítico del discurso” parte de la premisa de que este tiende a expresar y reproducir las relaciones de poder existentes, que se presentan como realidades “objetivas”, derivadas de la naturaleza de las cosas, que, por tanto, no se someten habitualmente a discusión. Por consiguiente, la “desnaturalización” o el desvelamiento de estos procesos podría hipotéticamente abrir nuevas posibilidades de resistencia para las personas y grupos vulnerables²⁴. Por ejemplo, en caso de que se advirtiera que la interpretación judicial de las “causas económicas y empresariales” está construida sobre determinadas pautas ideológicas, favorables a los intereses empresariales, por más que se presente como una conclusión puramente lógica derivada del análisis jurídico-formal o de la objetividad de las relaciones económicas, podría abrirse un espacio para formular interpretaciones alternativas que atendieran también a los intereses de las personas trabajadoras.

Ahora bien, salvo en los trabajos de carácter eminentemente filosófico, la perspectiva “crítica” no suele operar de manera aislada, sino que se conecta con otros enfoques de la investigación jurídica, ya sea empírica o doctrinal. En muchos casos, la perspectiva crítica presenta conexiones explícitas con la “perspectiva interna” del Derecho, en la medida en que la tutela de los grupos sociales vulnerables pueda conectar con principios generales reconocidas por el ordenamiento de los estados sociales y democráticos de Derecho.

Así, por ejemplo, el análisis de las sentencias judiciales desde una óptica feminista constituye, desde luego, una investigación “crítica” que se dirige a un propósito emancipatorio, desvelando los posibles condicionamientos que hipotéticamente podría imponer el sistema de dominación masculina sobre el discurso judicial; sin embargo,

²³ Esta concepción de la “teoría” como “teoría crítica”, entraña con la tradición intelectual de la llamada “Escuela de Frankfurt”, cuyos desarrollos son demasiado numerosos como para citarlos aquí.

²⁴ “[...] las teorías científicas se proponen manipular con éxito el mundo exterior: tienen un ‘uso instrumental’. Las teorías críticas se proponen lograr que los ‘agentes’ tomen conciencia de la coerción coulta y por ello tratan de liberarles de dicha coerción”, WODAK, R., “De qué trata el análisis crítico del discurso (ACD). Resumen de su historia, sus conceptos fundamentales y sus desarrollos”, en WODAK, R. y MEYER, M. (eds.), *Métodos de análisis crítico del discurso*, Barcelona: Gedisa, 2003 (obra original publicada en 2001), ISBN: 847432970, pp. 17-34

desde el momento en que la transversalidad de género se reconoce específicamente como un principio jurídico de aplicación obligatoria (arts. 29 de la Directiva 2006/54/CE y 4 y 15 de la LOIEMH, en relación con el 9.2 CE), las conclusiones que se alcancen no se limitarán exclusivamente al campo de la acción política o la transformación social, sino que a menudo también podrán proponerse eficazmente como interpretaciones más “correctas” de los enunciados normativos que entran en juego.

F) Por supuesto, no existe una separación neta entre todas estas finalidades, que a menudo aparecen entrelazadas. Sin embargo, en cada investigación pueden estar o no presentes y, en su caso, se combinan en distintas proporciones, con intensidades diferentes y con diversos niveles de prioridad. Así, por ejemplo, la dimensión dialéctica y la retórica están íntimamente relacionadas entre sí y pueden conjugarse con facilidad, si bien esto no resulta necesario en todos los casos. Por otra parte, la finalidad predictiva depende siempre de la dimensión explicativa, a la que, no obstante, podría acudirse con otros propósitos distintos de la anticipación de la respuesta judicial futura. Por último, la finalidad crítica normalmente se sustenta sobre la aportación de elementos contextuales externos al discurso jurídico –conectando así con la dimensión explicativa–, pero en ocasiones puede acudir también al análisis retórico, para identificar los mecanismos comunicativos que se utilizan para legitimar el ejercicio del poder.

El modo en el que estas dimensiones se combinan puede depender, claro está, de preferencias o de elecciones personales del investigador. Así, por ejemplo, la dimensión “crítica” deriva de una cierta preocupación filosófica y política que, ciertamente, no tienen por qué compartir todos los investigadores, mientras que las finalidades dialéctica, retórica, explicativa y predictiva pueden vincularse tanto a propósitos críticos como a aplicaciones de carácter técnico, como la producción de conocimiento empírico para los operadores jurídicos o el legislador. Por otra parte, el volumen y el alcance de los materiales estudiados también puede condicionar la posibilidad de aplicar estos enfoques; por ejemplo, en un comentario detallado de una única sentencia, seguramente podrían tratarse con cierta profundidad todas estas dimensiones al mismo tiempo, mientras que, por el contrario, en el análisis amplio de un número importante de resoluciones judiciales, parece conveniente delimitar el enfoque de manera más estricta. Por último, el modo en que se conjuguen estas dimensiones dependerá también de la naturaleza de los problemas que se pretenda examinar, lo que se desarrolla a continuación.

3. La identificación de los dilemas judiciales

La investigación jurídica –empírica o doctrinal–, corre el riesgo de diluirse en estudios puramente descriptivos, que no aporten ningún conocimiento relevante para la sociedad si no aborda cuestiones que resulten problemáticas, polémicas o discutibles, en las que no exista una solución que resulte autoevidente. De hecho, a mi juicio, resulta

especialmente oportuno abordar sobre todo los problemas que presentan un cierto carácter “aporético”, es decir, aquellos para los que, al menos a primera vista, no parece haber ninguna respuesta satisfactoria con los recursos argumentativos disponibles, de modo que los operadores jurídicos pueden requerir un estudio más detenido por parte del mundo académico. Cuando el objeto de la investigación jurídica es el discurso judicial, los problemas o aporías normalmente son aquellos que deben afrontar los órganos judiciales. Podemos entonces redefinir el problema como un “dilema”, es decir, como una situación en la que el juez o tribunal debe elegir entre dos o más posibilidades alternativas, que resultan hasta cierto punto incompatibles entre sí.

A) Si queremos analizar el caso desde una perspectiva dialéctica, podemos contemplar estos dilemas como “dilemas jurídicos”, es decir, como decisiones en las que el órgano judicial tiene que aportar una única solución para un problema de interpretación o aplicación del Derecho, sin que esta se desprenda automáticamente de la literalidad de los enunciados normativos que en principio resultarían aplicables²⁵. Cuanto mayor sea la distancia entre la regulación abstracta y el problema real con el que se encuentra el órgano judicial, más interesante será el dilema. A estos efectos, Atienza distingue entre “casos difíciles” y “casos trágicos”²⁶. Los casos “difíciles” serían aquellos en los que es necesario alcanzar un punto de equilibrio entre dos principios, bienes jurídicos o valores contrapuestos; en los casos “trágicos”, no es posible adoptar una decisión sin sacrificar elementos esenciales de alguno de estos valores o principios. Dado que la ley no establece materialmente un punto de equilibrio entre estos principios contrapuestos, la armonización de estos principios se encomienda al juez, que, sin embargo, debe dar una respuesta fundada en Derecho, por más que el ordenamiento aparentemente no aporte solución alguna.

En la teoría de la argumentación moderna, estos dilemas jurídicos tienden a abordarse a partir del esquema de la ponderación entre principios jurídicos, desarrollado por Alexy²⁷ que ha tenido un notable impacto en la doctrina del TEDH y de los Tribunales Constitucionales europeos y latinoamericanos, sobre todo en lo que respecta a los derechos constitucionales. Este modelo teórico divide las normas jurídicas en “reglas” y “principios”. Mientras que las “reglas” son mandatos taxativos, que solo pueden cumplirse o no cumplirse, los “principios” son mandatos de optimización, que deben

²⁵ Anteriormente he defendido que el enfoque dialéctico está íntimamente ligado con la “perspectiva interna” del Derecho, porque los argumentos pueden evaluarse en virtud de su conformidad o adecuación al marco jurídico vigente; sin embargo, también es relevante la “perspectiva externa”, porque la evaluación no alcanza solo a la corrección de los argumentos escogidos, sino también a la racionalidad del proceso de argumentación. Desde luego, desde una perspectiva positivista puede entenderse que esta racionalidad está implícita en las normas que obligan a la motivación de las sentencias, pero también hay que reconocer que estos criterios de racionalidad tienen una base filosófica y pueden aplicarse a otras formas de argumentación o discusión.

²⁶ ATIENZA, M., “Sobre lo razonable en el Derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 27, 1989, pp. 97-101.

²⁷ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de E. Garzón Valdés), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993 (obra original publicada en 1986), ISBN: 9788425919497, pp. 82-87.

maximizarse dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Esto implica que, cuando dos principios jurídicos entren en conflicto, debe buscarse una relación de proporcionalidad entre ellos.

Ahora bien, las valoraciones de proporcionalidad no se agotan en la confrontación entre principios de optimización, sino que, de algún modo, presiden también la interpretación de las normas caracterizadas como “reglas” taxativas. Ello es así porque dichas reglas a menudo contienen conceptos jurídicos indeterminados o, aunque no lo hagan, es frecuente que admitan varias interpretaciones, por lo que la proporcionalidad, debe ponderarse siempre en la aplicación de las normas (art. 3.2. del Código Civil, que utiliza el término equivalente de “equidad”). Por supuesto, en estos casos, el texto de la norma proporciona un espacio de significados que condiciona en mayor medida la ponderación que cuando simplemente se confrontan principios abstractos, pero esta no está ni mucho menos ausente, sino que se ubica en un marco discursivo más estructurado. Así, por ejemplo, el acoso y la violencia en el trabajo no deben permitirse en ningún caso, de manera que esta prohibición no puede ser formalmente “derrotada” por el derecho constitucional a la libertad de empresa; sin embargo, inevitablemente, en muchos casos la aplicación de estos conceptos a los casos concretos requiere un esfuerzo interpretativo que, en último término, contiene también valoraciones y ponderaciones que pueden generar dilemas jurídicos. Por ejemplo, en ocasiones, para determinar si un determinado comportamiento genera una situación “humillante”, “ofensiva” o “intimidatoria” de una situación requiere de una determinada valoración o interpretación, sometida a consideraciones de “proporcionalidad”. Así, cuando la conducta del superior jerárquico puede calificarse como “desproporcionada” es más fácil que pueda entenderse como “humillante” u “ofensiva”. Otro ejemplo podría ser el de las “huelgas abusivas”; por más que éstas se entiendan prohibidas en función del art. 7.2 del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 1977, este carácter abusivo viene dado por la apreciación de una desproporción en los sacrificios mutuos de las partes en conflicto, lo que, una vez más alude a consideraciones de proporcionalidad que requieren una ponderación.

En muchos casos, estos conceptos jurídicos indeterminados afectan a la valoración de enunciados que, en principio, se presentan formalmente como proposiciones de hecho, pero que, en realidad, tienen una importante carga hermenéutica. En efecto, aunque los hechos son realidades “objetivas” y externas al ser humano, los enunciados por los que se formulan dependen del modo en que estas realidades son codificadas por el lenguaje, lo que puede llevar a situaciones de ambigüedad en caso de discrepancia en la interpretación de los enunciados. Así, por ejemplo, cuando se afirma que dos personas son “amigas”, este enunciado solo es verificable si se parte de un consenso respecto al concepto de “amistad”. A menudo estas interpretaciones están mediatisadas por el Derecho, de modo que estos enunciados complejos están ineludiblemente entrelazados con calificaciones jurídicas. Así sucede con la determinación de la “laboralidad” de una relación jurídica (art. 1.1 ET) o con la identificación del “centro de trabajo” (1.5 ET).

En estos casos, los tópicos argumentativos se presentan como indicadores o “indicios” que apuntan de manera no concluyente a una u otra calificación²⁸, lo que llama a un razonamiento abductivo. Por otra parte, la valoración de la prueba en sentido estricto puede configurarse también como una cuestión problemática desde el punto de vista jurídico, en la medida en que, al igual que la ponderación de principios, implica siempre una cierta dosis de subjetividad, que tiene que ser posteriormente reconducida a un discurso motivado en Derecho.

Por último, a mi juicio resultan especialmente problemáticos los supuestos en los que se requiere que el juez o tribunal resuelva un problema determinado con precisión matemática. Así sucede, por ejemplo, cuando se determina una indemnización económica por daños personales o morales²⁹. En estos casos, los “tópicos” argumentativos pueden constituirse como “criterios” básicos que orientan para la determinación del resultado. Sin embargo, estos criterios por sí solos no permiten en ningún caso la concreción de cantidades numéricas exactas, lo que puede producir un “momento de subjetividad” que resulta problemático desde el punto de vista de la justificación.

B) Ahora bien, todas estas situaciones pueden contemplarse de una manera más alejada de la “perspectiva interna”, como dilemas axiológicos o de justicia material. Desde esta óptica, los jueces intentan construir soluciones que personalmente les parezcan “justas”, conciliando valores o intereses que le parecen dignos de protección, pero que entran en conflicto, en cuyo caso deben armonizarse; en efecto, la ponderación entre principios jurídicos puede contemplarse también desde fuera de la lógica del ordenamiento como una ponderación de valores o intereses extrajurídicos. Ahora bien, incluso desde esta perspectiva “realista”, los jueces no actúan únicamente en base a sus percepciones o valoraciones subjetivas, sino que también se ven condicionados por su percepción de lo que resulta “aceptable” o “asumible” por la sociedad en el contexto en el que esta decisión se toma. Por supuesto, esta “aceptabilidad” incluye tanto aspectos internos al ordenamiento jurídico como elementos externos. De este modo, en la práctica real, el juzgador puede enfrentarse a relaciones contradictorias entre: a) lo que el juez considera justo frente a lo que la sociedad considera “aceptable”; b) lo que se considera “aceptable” en sentido jurídico-formal frente a lo que el pensamiento mayoritario

²⁸ La doctrina y la jurisprudencia se refieren a estos tópicos argumentativos como “indicios”, lo que puede resultar dudoso, de modo que personalmente prefiero hablar de “indicadores”. En sentido estricto (jurídico-procesal), un “indicio” es un hecho que apunta a otro hecho a partir de un razonamiento que los une. En cambio, estos “indicadores” son hechos que apuntan a una determinada calificación jurídica (por ejemplo, tener horario de trabajo es un signo de “laboralidad” de la relación de servicios). Lo que pasa es que esta calificación a menudo se presenta como si fuera un “hecho” (“existencia de una relación laboral”), si bien, en realidad, no puede serlo a efectos procesales. Dicho de otro modo, por más que en la resolución del recurso de suplicación se mantenga, como regla general, la lista de hechos probados dictada en la instancia, esta restricción no alcanza a las calificaciones jurídicas complejas.

²⁹ Un ejemplo en el ámbito administrativo sería la determinación exacta de los “servicios mínimos” en caso de huelga en los servicios esenciales de la comunidad.

considera “aceptable” en términos socio-culturales; d) lo que se considera “aceptable” desde distintos discursos o patrones ideológicos que aparecen enfrentados entre sí en la sociedad. En definitiva, más allá de las representaciones formalistas, en el proceso de adopción de decisiones pueden intervenir tanto la propia subjetividad del juez como los discursos políticos, ideológicos, económicos o culturales que están presentes en la sociedad de manera mayoritaria o significativa, por más que todos estos elementos terminen confluyendo en un discurso que se presenta formalmente -como no puede ser menos en las democracias liberales- como fundado únicamente en las pautas normativas del ordenamiento.

Desde este planteamiento puede estudiarse, por ejemplo, como el discurso económico dominante se desliza en la argumentación jurídica sobre los despidos por causas económicas³⁰ o cómo determinados criterios “morales” pueden influir más que los jurídico-formales en la concesión de las prestaciones sociales a los inmigrantes³¹. También se podría analizar el “activismo judicial”, sus límites, sus tensiones y las estrategias específicas adoptadas por los jueces para eludir la doctrina de los órganos superiores cuando no se comparte, como, por ejemplo, el recurso a la cuestión prejudicial ante el TJUE.

Este tipo de estudios pueden articularse en torno a las dimensiones explicativa y predictiva, dirigiéndose entonces a la comprensión de los motivos que realmente subyacen a la toma de decisiones más allá de su presentación formal, sin que esto signifique necesariamente que el discurso final no sea correcto desde el punto de vista jurídico. También es posible abordar estas cuestiones desde la dimensión crítica, por ejemplo, cuando se ponga de manifiesto que la aparente neutralidad y objetividad de las construcciones jurídicas se está utilizando en realidad como un artificio retórico que enmascara relaciones de poder desigual.

C) Por último, estos dilemas pueden también plantearse en términos formales, como dilemas retóricos. Como se ha visto, los órganos judiciales deben presentar sus soluciones de manera clara y persuasiva, favoreciendo la aceptación de la solución por las partes y la sociedad y, en términos más amplios, la legitimación social de un acto que, en último término, es una manifestación del poder estatal. En las democracias liberales contemporáneas, la legitimidad de las decisiones de los jueces no se sostiene sobre su carisma personal o su prestigio profesional a título individual ni en la atribución divina de facultades sobrenaturales, sino sobre su presentación como respuestas razonadas que se basan en una serie de textos normativos formalmente atribuidos a la voluntad popular. Por lo tanto, en los casos en los que los jueces cuentan con mayor

³⁰ NIEROBISZ, A. “Wrestling with the New Economy: Judicial Rhetoric in Canadian Wrongful Dismissal Claims. *Law & Social Inquiry*, 35, 2, pp. 403-449.

³¹ SLINGENBERG, L., Deservingness in Judicial Discourse. An Analysis of the Legal Reasoning Adopted in Dutch Case Law on Irregular Migrant Families’ Access to Shelter. *Social Policy & Society*, nº. 20, 2021, *per totum*.

discrecionalidad, como los “conflictos entre principios” es muy posible que tengan que desplegar estrategias retóricas que hagan explícita la legitimidad de su decisión en el ordenamiento democrático. En definitiva, también en estos casos deberán escoger entre distintas posibilidades expresivas o narrativas para presentar su decisión.

Tabla 2. Enfoques de investigación y dilemas judiciales

Enfoques para analizar el discurso judicial	Dilemas que habitualmente predominan en cada enfoque
Perspectiva dialéctica	Dilemas jurídicos
Perspectiva retórica	Dilemas retóricos
Perspectiva explicativa	Dilemas de justicia material
Perspectiva predictiva	Dilemas jurídicos, dilemas de justicia material
Perspectiva crítica	Dilemas de justicia material, dilemas retóricos

4. Revisión bibliográfica, examen exploratorio y definición del marco teórico

La determinación del “dilema” o “dilemas” a estudiar requiere de una serie de conocimientos previos sobre el contexto en el que estos dilemas se ubican. A menudo, estos conocimientos previos derivan de las diversas lecturas realizadas previamente por investigador –legislación, textos académicos, jurisprudencia, textos académicos de otras disciplinas, etc.– en base a sus preferencias personales o a su trayectoria docente o investigadora. De hecho, el “dilema” podría surgir de un hallazgo puramente casual, como la lectura por azar de una sentencia particularmente significativa o de una noticia de prensa.

Sin embargo, también puede suceder que el investigador pretenda investigar resoluciones judiciales sobre una materia determinada, pero no se encuentre en ese momento en condiciones de definir el dilema o los dilemas objeto de estudio con suficiente nitidez. Para alcanzar estos conocimientos previos podría acudir a la revisión bibliográfica y/o a los estudios exploratorios. La revisión bibliográfica puede referirse a estudios jurídicos –doctrinales o empíricos– sobre la materia general en la que se quiere enfocar la indagación, pero también a otras disciplinas –Lingüística, Sociología,

Antropología, Organización de Empresas, Economía, Psicología Social, Filosofía del Lenguaje, etc. — con objeto de adquirir herramientas analíticas que permitan adoptar enfoques novedosos. Por otra parte, los estudios exploratorios consisten simplemente en recopilar un número significativo de sentencias, analizándolas críticamente para identificar problemas que aparezcan en ellas; de este modo se evita que las premisas teóricas de partida que determinan el enfoque inicial estén desconectadas de las prácticas reales. Como regla general, parece conveniente tomar esta muestra exploratoria de sentencias probando diversas estrategias de búsqueda en bases de datos.

Una vez que se han delimitado suficientemente los objetivos de la investigación, seguramente habrá de volverse a la revisión bibliográfica o a los estudios exploratorios de resoluciones judiciales, pero en este caso, la finalidad última de la indagación será la de constituir un marco teórico que oriente el análisis de los datos, sobre todo, si se pretende analizar un número amplio de resoluciones judiciales.

En cualquier investigación empírica es importante reflexionar sobre la adecuación de las categorías de análisis a los propósitos de investigación, dado que los datos solo cobran significación a partir de una serie de conceptos que permiten comprenderlos, clasificarlos, sistematizarlos, explicarlos o predecirlos. Por supuesto, la selección de las categorías a utilizar dependerá de los objetivos de investigación, de los paradigmas que se sigan y del dilema o dilemas que se pretendan tratar.

Por supuesto, en muchos casos podrá acudirse simplemente a los conceptos doctrinales tradicionales que permiten interpretar el Derecho desde una perspectiva interna (por ejemplo, los conceptos de “despido”, “discriminación”, “causas económicas y empresariales”, “legitimación procesal”). Sin embargo, en otros casos, se pueden construir —o tomar de otras investigaciones—, categorías teóricas construidas desde una perspectiva externa al ordenamiento. Así, por ejemplo, si se asume una perspectiva dialéctica, pueden venir dadas por los “tópicos”, “indicadores/ indicios” o “criterios orientativos” que pueden invocarse en la argumentación o por los distintos tipos de “falacias” formales o informales. También podrían constituirse categorías más generales para identificar el marco de posibilidades de las estrategias argumentativas o de las posiciones que pueden adoptarse frente a los dilemas. En todo caso, dependiendo del enfoque de investigación, podrán tomarse categorías de la Retórica clásica³², de la Pragmadialética³³, de la Lingüística, de las teorías narrativas, de las Ciencias Sociales, etc.

³² En ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Las adaptaciones...”, *Op. Cit.*, pp. 80-83, se acude a los “estados de la causa” de la Retórica clásica para abordar los problemas jurídicos relativos a la ponderación de intereses contrapuestos.

³³ Por ejemplo, en PLUG, J., “Indicators of *obiter dicta*”, *per totum*, se acude a las categorías teóricas de la pragma-lingüística, “multiple argumentation” y “coordinatively compound argumentation”

Por último, es muy frecuente que la construcción de categorías teóricas para la comprensión de las resoluciones judiciales desde una perspectiva externa no sea una fase en la investigación sino precisamente el objetivo final que persigue el estudio. En efecto, la investigación empírica cualitativa a menudo no se dirige a comprobar hipótesis, sino a generar una teoría enraizada en los datos que pueda utilizarse para comprender mejor la realidad jurídica de cara a la práctica aplicativa o que pueda utilizarse en futuras investigaciones empíricas sobre la práctica jurídica³⁴.

5. La selección de las resoluciones judiciales a estudiar

La selección de las resoluciones judiciales objeto de análisis depende en gran medida del alcance y de la profundidad que se le quiera dar a la investigación. Lógicamente, cuanto más amplio sea el alcance del objeto de estudio, menor podrá ser el nivel de detalle del análisis de los elementos discursivos de las resoluciones estudiadas.

A) Por supuesto, es posible plantear trabajos de investigación que analicen en profundidad el discurso de una única sentencia judicial, siempre que esta tenga suficiente relevancia. Esta importancia puede venir dada simplemente por la posición jerárquica del órgano judicial que dicta la sentencia (TC, TS, TEDH, TJUE), pero también puede derivar del hecho de que la resolución escogida resulte particularmente adecuada para reflejar con especialidad claridad el dilema o los dilemas objeto de estudio o para ilustrar una de las posiciones que los órganos judiciales pueden adoptar para abordar estos problemas jurídicos, retóricos o de justicia material.

Desde luego, el “comentario de sentencia” es una práctica firmemente asentada en la investigación doctrinal tradicional, pero, como ya se ha dicho, lo más habitual es que estos trabajos se centren sobre todo en la perspectiva interna, es decir, en la descripción de la doctrina del órgano, enriquecida por la aportación de contexto, así como en el análisis crítico de su adecuación al marco jurídico vigente. En cambio, en la metodología que aquí se esboza se trataría de poner el foco del análisis en los aspectos discursivos (dialécticos, retóricos, explicativos, predictivos o de crítica social). Naturalmente, tampoco cabe descartar la elaboración de trabajos de investigación mixtos que integren la perspectiva doctrinal tradicional con esta otra aproximación más empírica. Precisamente, la ventaja de estudiar una única sentencia es que ello permite efectuar un análisis muy detallado y profundo del discurso, por lo que a menudo será posible combinar todas las perspectivas que se han mencionado anteriormente en un mismo trabajo de investigación.

³⁴ En lo que respecta a las ciencias sociales, GLASER, B.G, y STRAUSS, A., *The Discovery of Grounded Theory: strategies for qualitative research*, Aldline Transaction: New Brunswick y Londres, 2006 (obra original publicada en 1967), pp. 21 y ss, destacan que es muy frecuente que la investigación empírica cualitativa no se dirija tanto a verificar hipótesis como a generar teoría. Esta es la obra fundacional de la metodología de la “teoría enraizada”, que es muy importante en ciencias sociales y podría trasladarse también a la investigación empírico cualitativa en materia jurídica.

Sin embargo, la desventaja de escoger una única sentencia es que esta opción no permite llevar a cabo ninguna comparación, por lo que solamente se obtendrá información de una de las posibles aproximaciones al dilema judicial o a los dilemas judiciales sobre los que se centra el estudio. Si se pretende ampliar la comprensión a un abanico más amplio de estrategias discursivas, podría optarse por ampliar la muestra, para poder acudir al análisis comparativo³⁵.

B) Cuando el objetivo final de la investigación es “generar teoría” acerca de las estrategias con las que los órganos judiciales abordan los dilemas jurídicos, axiológicos o retóricos objeto de estudio, no se pretende, por tanto, hacer estimaciones numéricas acerca de la frecuencia de variaciones de un fenómeno, sino identificar el rango de variaciones cualitativas que este presenta³⁶, por lo que no será necesario –e incluso puede resultar contraproducente³⁷– aplicar técnicas cuantitativas de muestreo. En estos casos, resulta oportuno adaptar al campo jurídico el “muestreo teórico” propuesto por Glaser y Strauss en el ámbito de la investigación empírica cualitativa en ciencias sociales³⁸. Para estos autores, la definición del alcance y tamaño de la muestra debe estar presidida por la búsqueda de la “saturación teórica”, es decir, la situación en la que la incorporación de nuevos casos ya no permite –relativamente– descubrir nuevas propiedades posibles de las categorías en juego, en relación con los objetivos de investigación.

En muchos casos, esta saturación teórica se puede conseguir simplemente ampliando el tamaño de la muestra. Por ejemplo, supongamos que se están estudiando sentencias de juzgados de lo social relativas a la temática del acoso sexual para establecer cuáles son los criterios que se utilizan de manera combinada para determinar si concurre un ambiente de trabajo humillante, intimidatorio u ofensivo (por ejemplo, la intensidad de la índole sexual de la conducta, la jerarquía, la falta de reciprocidad o la existencia de daños psicológicos). En un principio, cada vez que se añada una sentencia, es muy probable que aparezcan nuevos criterios o matices. Sin embargo, llegará un momento en el que todas las sentencias parezcan encajar en alguna de las posibilidades definidas en el modelo teórico que se ha ido construyendo progresivamente. En este momento, podremos decir que la categoría está saturada, por lo menos provisionalmente. Por supuesto, siempre existe la posibilidad de que en el futuro aparezcan variaciones del

³⁵ Así, GLASER, B.G. y STRAUSS, A., *Op. Cit.*, pp. 23 y 30 señalan que el análisis de un solo caso puede permitir la identificación de un concepto o parámetro teórico relevante, pero que, aún así, resulta conveniente confirmar su relevancia a través del método comparativo.

³⁶ En Ciencias Sociales se utiliza a veces el ejemplo del análisis de los colores que presentan las flores en un jardín determinado. Un estudio cuantitativo se dirigiría a estimar qué colores son más frecuentes a través de indicadores numéricos, mientras que un estudio cualitativo pretendería determinar la gama de colores que está presente en el jardín. Por supuesto, cualquier indagación cuantitativa implica también una reflexión cualitativa, pues es necesario categorizar los colores para poder cuantificarlos.

³⁷ El muestreo puramente aleatorio puede evitar que aparezcan diferencias que sean teóricamente relevantes. En el ejemplo anterior, si se eligen al azar tres flores del jardín, puede que todas ellas sean casualmente del mismo color.

³⁸ GLASER, B.G. y STRAUSS, A., *Op. Cit.*, p. 61.

fenómeno estudiado que no hayan sido advertidas por ser poco frecuentes, pero ello no debe impedir construir un marco teórico sólido sobre la materia objeto de estudio, con independencia de que posteriormente pueda someterse a revisión o crítica³⁹.

Ahora bien, a menudo la representatividad de la muestra teórica puede mejorarse seleccionando los casos de manera estratégica en función de variables que se consideren teóricamente relevantes. En efecto, seleccionar resoluciones que comparten muchas características en común normalmente hace que las diferencias que aparezcan resulten especialmente significativas; del mismo modo, escoger resoluciones muy diferentes entre sí en función de las variables teóricas que se hayan considerado facilitará el hallazgo de elementos comunes. En este contexto, cuando la categoría parezca estar saturada, en muchos casos podrá ampliarse el rango de variaciones observado acudiendo a casos que aparentemente sean muy diferentes.

Supongamos que se opta por comparar distintas sentencias de un mismo órgano judicial. En tal caso, resulta esperable que las aproximaciones al dilema objeto de estudio sean muy similares, pero esto puede hacer que, precisamente, las diferencias que se pongan de relieve cobren una especial significación teórica, pudiendo entonces atribuirse a diversos factores (circunstancias del caso, composición del órgano, cambios normativos o jurisprudenciales, etc.). Ahora bien, esta tendencia a la similitud entre las sentencias del mismo órgano aconseja que la comparación sea muy amplia, estudiándose una serie completa de resoluciones judiciales, por ejemplo, cubriendo todas las sentencias del mismo órgano judicial en un período de tiempo determinado, porque, de lo contrario, es posible que no se encuentren divergencias significativas. Sin embargo, también es posible hacer una selección más específica en función de propósitos de investigación más concretos; así, por ejemplo, pueden compararse sentencias anteriores y posteriores

³⁹ Un ejemplo de muestreo teórico, pero también inevitablemente provisional es el de mi trabajo “Retórica y ponderación judicial en las adaptaciones de la prestación laboral a las necesidades de conciliación”, en *Estudios Financieros: Revista de Trabajo*, n.º 479, 2024, *per totum*, sobre la argumentación de los juzgados de lo social en la aplicación del art. 34.8 ET. La muestra inicial incluía 26 sentencias dictadas en la instancia entre noviembre de 2022 y marzo de 2023 y se tomó a través de la base de datos del CENDOJ, atendiendo fundamentalmente a un criterio de modernidad. La búsqueda se detuvo cuando las categorías que se habían ido formando en la lectura habían adquirido una cierta solidez. Posteriormente, al dilatarse la publicación del artículo, se añadieron cuatro sentencias más modernas de circunscripciones que no habían sido cubiertas en la muestra inicial, para buscar una mayor amplitud, por lo que la muestra final se quedó en 30 sentencias. Un número más alto podría haber dificultado el análisis cualitativo en un trabajo de extensión limitada. Aunque indudablemente el universo era mucho más amplio, no llevé a cabo un muestreo estadístico, porque no pretendía formular proposiciones cuantitativas sobre la frecuencia de las situaciones observadas, sino construir una teoría enraizada en la práctica jurídica acerca de los posibles argumentos que se utilizan en estos casos y del modo en que interaccionan y se presentan formalmente. En este caso, el número de sentencias examinado, complementado con el estudio de otros trabajos académicos que también habían analizado resoluciones de los juzgados de lo social era suficientemente amplio como para formular hipótesis generales. De este modo, pudo elaborarse el “catálogo de tópicos” que se cita en la nota n.º 8. Por supuesto, al añadir más sentencias pueden surgir nuevos matices o cuestiones, pero la clave es que el material utilizado permita ya la exposición de una teoría relativamente coherente.

a una reforma laboral importante, con objeto de estudiar el impacto que realmente ha podido tener esta reforma en la práctica judicial de este órgano.

Otra posibilidad sería comparar sentencias de distintos órganos judiciales, como, por ejemplo, del TS frente al TJUE. Si se pretende llevar a cabo un análisis muy detallado del discurso judicial, podría optarse por comparar solamente una sentencia de cada órgano, o, al menos, un número reducido de resoluciones. En tal caso, la selección tendría que estar dirigida específicamente a maximizar las diferencias; dicho de otro modo, habría que escoger precisamente las resoluciones en las que las diferentes aproximaciones discursivas de los tribunales objeto de comparación resultaran más patentes en un examen exploratorio previo. En cambio, si se pretende una mayor amplitud, de modo que los resultados sean más representativos o recojan un mayor número de variaciones, podría estudiarse, una vez más, la totalidad de las sentencias emitidas por cada uno de los órganos judiciales objeto de comparación en un período de tiempo determinado.

C) En otros casos, la investigación se dirige a alcanzar una comprensión amplia de las respuestas que habitualmente están dando los órganos judiciales al dilema objeto de estudio, con una finalidad explicativa o predictiva. Así, el objetivo final no es tanto la generación de teoría como la formulación de generalizaciones cualitativas o cuantitativas sobre la práctica judicial. Por ello, en estos supuestos resulta oportuno hacer una selección más extensa de resoluciones judiciales, lo que implicará necesariamente una menor profundidad de detalle en el análisis del discurso de cada una de ellas. Esto es lo que se conoce como “análisis sistemático de contenido”⁴⁰. Por supuesto, es posible concebir investigaciones mixtas en las que un análisis de contenido de largo alcance se complemente con el estudio pormenorizado del discurso de un número más reducido de resoluciones que presente especial interés cualitativo.

En los análisis dirigidos a producir generalizaciones sobre la práctica judicial, resulta conveniente que el investigador haga explícita la metodología que ha seguido para construir la muestra, facilitando así la replicabilidad y el control de los resultados⁴¹. En primer lugar, es necesario delimitar el universo observado. En el caso de las resoluciones judiciales, esto normalmente implica concretar: 1) el órgano judicial o los órganos judiciales cuyas resoluciones van a ser objeto de análisis; 2) el tipo de resoluciones a contemplar (por ejemplo, sentencias, autos o providencias; 3) la temática a tratar, en relación con los objetivos de investigación; 4) el período temporal que se va a estudiar.

⁴⁰ Vid. HALL, M.A., y WRIGHT, R.F., *Op. Cit.*, *per totum*.

⁴¹ Esta justificación explícita de la composición de la muestra no es muy habitual en el iuslaboralismo español, fundamentalmente porque la perspectiva de análisis es más doctrinal que empírica. En todo caso, puede encontrarse un ejemplo de justificación en TODOLÍ SIGNES, A., “Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Una revisión sistemática de sentencias y una propuesta de baremo”, *Labos*, Vol. 5, n.º 2, 2024, pp. 56-58.

Naturalmente, las generalizaciones que se hagan solo podrán referirse a este universo, por lo que es necesario justificar su relevancia o representatividad.

Como regla general, en el ámbito jurídico se acude a criterios de jerarquía y modernidad para la selección de las resoluciones. Esto sucedería, por ejemplo, si se decide examinar la totalidad de las sentencias del TS sobre una materia determinada en los últimos cinco años. En estos casos, a menudo no es necesario justificar la relevancia de la selección de manera expresa, pues esta se sobreentiende. No obstante, ello dependerá de los propósitos de investigación.

En lo que respecta al período temporal, su amplitud dependerá de la frecuencia con la que el tema aparezca en las resoluciones del órgano estudiado; cuanto más pequeña sea esta, mayor tendrá que ser el alcance del período temporal objeto de estudio. Pero también puede ser que la selección del período esté vinculada a las hipótesis que se pretendan comprobar, por ejemplo, cuando se pretenda conectar la evolución jurisprudencial con los cambios normativos, económicos, tecnológicos, culturales o políticos.

Por otra parte, en los estudios empíricos de resoluciones judiciales, no siempre debe atenderse al criterio de jerarquía del órgano judicial para seleccionar las resoluciones estudiadas. Este no resulta oportuno cuando la materia a la que se refiere la investigación se decide en la instancia y no llega a los órganos superiores o solo lo hace de manera muy limitada; así, por ejemplo, si se pretende analizar la valoración de la prueba o bien aspectos relacionados con las materias que, en la jurisdicción social, no admiten recurso de suplicación. Por otra parte, cuando se pretende analizar la “normalidad” de la práctica judicial cotidiana, las sentencias de los órganos jerárquicamente superiores no suelen ser representativas, puesto que a menudo se refieren a casos que presentan características muy particulares y en los que las partes están especialmente motivadas para litigar⁴².

Cuando el universo de resoluciones examinadas sea relativamente reducido, el estudio normalmente podrá abarcarlo por completo. En cambio, cuando el universo sea muy amplio, habrá que seleccionar las resoluciones estudiadas bajo algún criterio de representatividad. En caso de que se pretenda establecer inferencias estadísticas descriptivas o causales, será necesario acudir a técnicas de muestreo aleatorio simple o estratificado⁴³.

⁴² LINOS, K. y CARLSON, M., *Op. Cit.*, pp. 214 y 220.

⁴³ En este sentido, LINOS, K. Y CARLSON, M., *Op. Cit.*, p. 222; HALL, M.A., y WRIGHT, R.F., *Op. Cit.*, p. 103. En este trabajo se pone énfasis en la metodología cualitativa, por lo que no se detallan pautas metodológicas para los muestreos aleatorios.

D) No obstante, en algunos casos, los investigadores utilizan indicadores numéricos respecto a la muestra como un mero recurso expresivo para indicar una conclusión provisional, sin pretender con ello hacer una inferencia estadística. Por ejemplo, si se analizan 50 sentencias de juzgados de lo social de distintas provincias y se identifica que una estrategia argumentativa aparece en el 95% de los casos estudiados, no necesariamente se está diciendo que este sea la frecuencia exacta con la que el fenómeno se manifiesta en el universo al que se refiere el estudio, sino que simplemente se infiere en términos cualitativos que la frecuencia del fenómeno parece ser alta, expresándolo de manera gráfica con un indicador numérico, del mismo modo que se podrían haber utilizado indicadores cualitativos.

Por otra parte, en lo que respecta a las inferencias causales o a la comprobación de hipótesis, es cierto que los métodos cuantitativos permiten medir con precisión matemática las correlaciones entre los fenómenos. Sin embargo, esta precisión puede ser a veces engañosa para las necesidades del jurista, porque los procedimientos cuantitativos exigen necesariamente una cierta disociación de los datos cuantificados con el contexto en el que aparecen, para que las variables puedan ser operativas. Sin embargo, los operadores jurídicos normalmente no requieren tanto precisión matemática en los resultados como una información detallada del contexto.

Por ejemplo, supongamos que se quiere demostrar la hipótesis de que, en el orden social de la jurisdicción, es muy difícil que un recurso de suplicación tenga éxito si no se logra modificar la lista de hechos probados. Por supuesto, esto podría ilustrarse con estimaciones cuantitativas, pero esto no proporciona mucha información a los litigantes, más allá de destacar la relevancia del objeto de investigación. Lo que necesitan los operadores jurídicos es una comprensión más profunda del problema, que les permita entender por qué es tan importante conseguir la modificación de los hechos, en qué condiciones esto no es tan relevante o incluso qué estrategias alternativas podrían seguirse para el caso de que no pudieran modificarse los hechos.

Por eso, la comprobación de hipótesis puede remitirse también al método cualitativo de la “*inducción analítica*”⁴⁴. De acuerdo con esta técnica, la hipótesis de partida se construye a partir del examen un número limitado de casos. Posteriormente, deben seleccionarse casos “negativos” en los que aparentemente no se cumpla la hipótesis; como consecuencia de ello, puede terminarse descartando la hipótesis o esta puede refinarse, estableciendo las condiciones en las que resulta aplicable; así, por ejemplo, en el caso anterior, podrían identificarse grupos de supuestos en los que la modificación de los hechos probados no resulta esencial para que un recurso de suplicación sea estimado, para determinar qué es lo que sucede en estos casos.

⁴⁴ VALLES, M.S., *Técnicas cualitativas de investigación social: reflexión metodológica y práctica profesional*. Madrid: Síntesis, 2000. ISBN: 8477384495, pp. 343-345.

Tabla 3. Selección de resoluciones judiciales a estudiar

Finalidad	Criterio/s de selección
Análisis en profundidad de una única sentencia	Justificación de relevancia cualitativa
Generar teoría enraizada en los datos	Muestreo cualitativo por saturación teórica
Análisis sistemático de contenido de largo alcance	Delimitación del universo Totalidad del universo o muestreo aleatorio
Confirmar/refutar hipótesis	Inferencias estadísticas: muestreo aleatorio Proposiciones cualitativas: inducción analítica

6. Codificación y análisis

A) En la inmensa mayoría de los casos, el análisis discursivo de las resoluciones judiciales requiere algún mecanismo de “codificación”. La codificación consiste en registrar los elementos de los datos objeto de análisis que resultan significativos en función de los objetivos de investigación y las categorías analíticas utilizadas, clasificándolos a partir de estas categorías. A menudo, basta con la práctica académica comúnmente extendida de tomar notas de lectura organizadas por conceptos o descriptores en un procesador de textos o gestor bibliográfico; de este modo, las categorías teóricas –los conceptos– pueden surgir y desarrollarse de manera espontánea en contacto con el material empírico. Sin embargo, en los casos en los que el número de resoluciones sea elevado, seguramente se hará necesario emplear un sistema de codificación definido de antemano con cierta precisión. Esto es particularmente importante cuando los datos no sean registrados por una única persona, sino por un equipo de investigadores, pues esto requiere una cierta homogeneidad en la recopilación de información.

En estos casos, el sistema de codificación más extendida es la del formulario predeterminado o “ficha” de jurisprudencia⁴⁵, que establece de antemano una serie de “ítems” o categorías en torno a las cuales debe ordenarse la información de cada

⁴⁵ *Ibid.*, p. 109. En cambio, puede verse un ejemplo de codificación no basada en formularios en el trabajo de NIEROBISZ, A. *Op. Cit.*, p. 414, sobre el discurso económico de los jueces en las sentencias de despido en Canadá; cada comentario sobre la economía se catalogaba como un “pasaje, de modo que cada sentencia contenía de 0 a 8 “pasajes”.

resolución⁴⁶. Por supuesto, estas categorías dependerán del marco teórico que se haya adoptado en la investigación⁴⁷. En todo caso, resulta conveniente que el formulario utilice categorías mutuamente excluyentes, con objeto de evitar solapamientos, manteniendo en todo caso una casilla abierta para registrar los resultados difícilmente clasificables⁴⁸. Por otra parte, cuando sea importante salvaguardar la “replicabilidad” en una muestra muy amplia con un número muy elevado de investigadores, siempre es posible elaborar primero un documento base y luego someterlo a pruebas cuantitativas o cualitativas para ver si la información recopilada es suficientemente homogénea⁴⁹.

B) Por último, el “análisis” consiste en la elaboración de las proposiciones teóricas o empíricas que constituyen los resultados de la investigación. Como se ha visto a lo largo de todo este trabajo, el análisis puede plantearse desde distintas posiciones metodológicas, que dependerán de los propósitos generales o perspectivas de investigación, de los dilemas escogidos, de las categorías teóricas utilizadas, del volumen y alcance del material utilizado y, en definitiva, de la planificación previa de la investigación.

En términos generales, el análisis se dirige fundamentalmente a establecer “relaciones” entre los objetos de estudio: conexiones entre los datos empíricos y las categorías teóricas, entre unas resoluciones judiciales y otras, entre unos grupos teóricamente conformados de resoluciones judiciales y otros, entre el discurso judicial y los discursos extrajurídicos, etc. Es por ello que, sea cual sea la modalidad de análisis, casi siempre deba de acudirse en algún punto al método comparativo.

⁴⁶ Para elaborar mi trabajo “Retórica y ponderación judicial...”, *Op. Cit., per totum*, sobre la aplicación del art. 34.8 ET en los juzgados de lo social, confeccioné unas fichas estandarizadas para la codificación de información básica de las sentencias seleccionadas, construyendo las categorías a partir de la revisión bibliográfica previa y de la exploración de algunas sentencias. Estas fichas contenían los siguientes apartados: 1) identificación completa de la sentencia; 2) adaptación solicitada por la persona trabajadora y respuesta de la empresa; 3) motivos de la persona trabajadora; 4) dimensión de género; 5) razones empresariales; 6) intereses de otras personas trabajadoras; 7) preeminencia de intereses/ponderación (es decir, el fragmento en el que se expresaba la solución al dilema). Posteriormente, al hilo de la investigación, tuve que añadir una categoría adicional relativa al comportamiento de las partes en la negociación previa al juicio. Las fichas ocupaban un total de 46 páginas, por lo que el archivo todavía podía considerarse relativamente “manejable” sin necesidad de utilizar herramientas específicas de *software*. Un número mucho mayor de sentencias habría complicado la gestión de los datos recopilados. Las cuatro sentencias que se añadieron con posterioridad no tuvieron que ser fichadas, puesto que en este momento ya estaba redactado el borrador del artículo y, debido a su número reducido podían manejarse directamente a partir de las categorías teóricas ya constituidas.

⁴⁷ HALL, M.A. y WRIGHT, p. 107, en el contexto de un análisis de contenido tradicional, con un número elevado de resoluciones, proponen una clasificación de cuatro grupos: a) identidades y atributos de las partes; 2) tipos de problemas jurídicos tratados; c) resultado básico; d) motivos para la decisión. Por supuesto, desde otras perspectivas de análisis podrían utilizarse otro tipo de categorías, por ejemplo, basadas en la teoría general de la argumentación o en indicadores lingüísticos.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 108.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 112.

Otro rasgo general para cualquier estudio de las resoluciones desde la perspectiva externa es la necesidad de un cierto distanciamiento del objeto de estudio. Esto es necesario porque los juristas académicos formamos parte del sistema jurídico que estudiamos y hemos sido socializados en él, de modo que a menudo hemos interiorizado o naturalizado las pautas discursivas de los órganos judiciales (los argumentos que utilizan, las figuras retóricas, las estrategias argumentativas, el lenguaje judicial, etc.), que, en cambio, pueden resultar “extrañas” al resto de la población. Estas pautas discursivas nos parecen “naturales” o autoevidentes, al estar incorporadas a nuestra realidad cotidiana, de modo que no percibimos a primera vista su carácter contingente o socialmente construido. Esta inmersión en el campo proporciona ciertas ventajas para la comprensión de las sentencias, pero al mismo tiempo dificulta su análisis desde una perspectiva externa al discurso jurídico. Por eso resulta conveniente cultivar la actitud metodológica que se ha dado en llamar “extrañamiento”⁵⁰. Cuando el jurista académico se aproxima al discurso judicial y pretende comprenderlo de una manera más amplia, trascendiendo aquello que se presenta como evidente –la descripción de los hechos y la doctrina judicial desde una perspectiva interna– debe estar dispuesto a contemplar la argumentación judicial con cierta “extrañeza” y “distancia”, advirtiendo, por ejemplo, la relevancia de determinados usos lingüísticos, figuras retóricas o fórmulas narrativas.

7. Conclusiones

En el iuslaboralismo español son muy comunes los estudios centrados en resoluciones judiciales, pero estos normalmente se abordan desde un paradigma implícito, según el cual: 1) El objeto de la Ciencia Jurídica es el “Derecho”, entendido como un conjunto sistemático de normas abstractas; 2) La “doctrina judicial” complementa a este conjunto de normas; 3) Los trabajos académicos que se ocupan de las resoluciones judiciales están orientados a describir y sistematizar esta doctrina, facilitando su comprensión cabal y, por lo tanto, la de las normas jurídicas; 4) Las críticas al contenido de la doctrina judicial se refieren fundamentalmente a su mayor o menor adecuación al marco jurídico, tal y como lo interpreta el investigador desde una perspectiva interna. Este modelo es necesario, pero insuficiente para atender las necesidades de los operadores jurídicos. El estudio científico del Derecho debe aproximarse también a las resoluciones judiciales desde una perspectiva externa a la lógica interna del sistema jurídico, contemplándolas como prácticas sociales y comunicativas concretas, encarnadas en un contexto determinado. Ciertamente, muchos trabajos doctrinales tradicionales terminan abordando parcialmente estas cuestiones, pero normalmente sin seguir una metodología

⁵⁰ El término procede de la teoría literaria del formalismo ruso, según el cual, el arte tendría la misión de romper con el automatismo de la percepción de la vida cotidiana recuperando la relevancia y la significación de los objetos. Esta idea se traslada a la metodología de Antropología Social y Cultural, que en un principio se ocupa del análisis de formaciones sociales muy alejadas del contexto cultural del observador; esta lógica de distanciamiento se traspasa también al análisis crítico de la propia sociedad más allá de lo que se “tiene por sabido”.

explícita que permita un control de la adecuación de la selección muestral, las categorías analíticas utilizadas o los procedimientos de análisis.

En este trabajo se proporciona un marco metodológico para llevar a cabo una investigación empírica cualitativa de sentencias judiciales de manera sistemática. Se trata de una propuesta abierta y flexible, que muestra diversas posibilidades de investigación en función de la finalidad o las finalidades que se persigan. A estos efectos, se distingue entre cinco finalidades que conforman las dimensiones posibles de la investigación: dialéctica, retórica, explicativa, predictiva o crítica, que naturalmente pueden combinarse entre sí. En todos estos casos, resulta conveniente centrar la atención en los dilemas o problemas a los que debe enfrentarse el órgano judicial, ya sean estos jurídicos, retóricos o de justicia material. El enfoque general del estudio viene constituido por la combinación entre la finalidad general del análisis y el tipo de dilemas judiciales que se van a tratar. Lógicamente, deberá tomarse en consideración para tomar decisiones en cuanto a la revisión bibliográfica, la definición del marco teórico, la selección muestral, la codificación y el análisis de los datos. A estos efectos, este estudio ofrece algunas pautas flexibles, combinando la reflexión teórica, la apertura interdisciplinar, la experiencia concreta de investigación y la revisión de estudios empíricos de decisiones judiciales.

En definitiva, la metodología aquí propuesta abre nuevas posibilidades para analizar el discurso judicial desde una perspectiva empírica y externa, complementando la aproximación doctrinal tradicional, sin pretender sustituirla. De este modo se pretende impulsar investigaciones futuras que contribuyan a una Ciencia Jurídica más rigurosa en su metodología, más útil para los operadores jurídicos y más sensible a los efectos reales que el discurso judicial produce sobre las personas y grupos vulnerables.

8. Bibliografía

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de E. Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (obra original publicada en 1986), ISBN: 9788425919497.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. “Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de derecho positivo”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 21, 2018.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Retórica y ponderación judicial en las adaptaciones de la prestación laboral a las necesidades de conciliación”, en *Estudios Financieros: Revista de Trabajo*, n.º 479, 2024.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Las adaptaciones de la prestación laboral a las necesidades de conciliación familiar: una perspectiva tópica”, *Revista Galega de Dereito Social*, n.º21, 2024.

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

ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta, 2017. ISBN: 9788498796988.

FETERIS, E. T. "Prototypical Argumentative Patterns in a Legal Context: The Role of Pragmatic Argumentation in the Justification of Judicial Decisions", *Argumentation*, Vol. 30, 2015.

GARCÍA MANRIQUE, R, Argumentación en derechos humanos. En G. Escobar Roca y R. García Manrique, *Argumentación e investigación en derechos humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 13-95. ISBN: 9788413136844.

GLASER, B.G, y STRAUSS, A., *The Discovery of Grounded Theory: strategies for qualitative research*, Aldline Transaction: New Brunswick y Londres, 2006 (obra original publicada en 1967).

HALL, M. A. y WRIGHT, R. F., “Systematic Content Analysis of Judicial Opinions”, *California Law Review*, vol. 96, n.º 1, 2008, pp. 63-122.

HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*, 2ª Edición (reimpresión). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963 (obra original publicada en 1961). ISBN : 9502000897.

HENDERSON, G., “The Cost of Persuasion: Figure, Story, and Eloquence in the Rhetoric of Judicial Discourse”, *University of Toronto Quarterly*, vol. 75, n.º 4, 2006, pp. 905-924, disponible en: <https://doi.org/10.3138/utq.75.4.905>

KIRKHAM, R. y O'LOUGHLIN, E., “A Content Analysis of Judicial Decision-Making”, en CREUTZFELDT, N., MASON, M. y McCONNACHIE, K. (eds.), *Routledge Handbook of Socio-Legal Theory and Methods*, Londres / Nueva York: Routledge, 2019, pp. 339-341, disponible en: <https://doi.org/10.4324/9780429952814-24>.

LINOS, K. y CARLSON, M., “Qualitative Methods for Law Review Writing”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 84, n.º 1, 2017, p. 220 disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol84/iss1/10>.

NIEROBISZ, A. "Wrestling with the New Economy: Judicial Rhetoric in Canadian Wrongful Dismissal Claims. *Law & Social Inquiry*, 35, 2, pp. 403-449.

PLUG, J., "Indicators of *obiter dicta*. A pragma-dialectical analysis of textual clues for the reconstruction of legal argumentation", *Artificial Intelligence and the Law*, nº 8, 2000.

PLUG, H. J. "Maximally argumentative analysis of judicial argumentation", en EEMEREN, F. H. van (Ed.), *Advances in Pragma-Dialectics*, Virginia: Sic Sat/Vale Press, 2002, ISBN: 9074049060.

PLUG, H. J., "Reconstructing and evaluating genetic arguments in judicial decisions", *Argumentation*, vol. 19, 2005/2006.

SLINGENBERG, L., "Deservingness in Judicial Discourse. An Analysis of the Legal Reasoning Adopted in Dutch Case Law on Irregular Migrant Families' Access to Shelter", *Social Policy & Society*, vol. 20, nº 3, 2021, pp. 521-530, disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1474746421000075>.

STĘPIEŃ, B., "Using Case Studies or Research on Judicial Opinions: Some Preliminary Insights", *Law and Method*, 2019, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3507592>.

TODOLÍ SIGNES, A., "Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Una revisión sistemática de sentencias y una propuesta de baremo", *Labos*, Vol. 5, nº 2, 2024, pp. 54-84.

VALLES, M.S., *Técnicas cualitativas de investigación social: reflexión metodológica y práctica profesional*. Madrid: Síntesis, 2000. ISBN: 8477384495.

VAN EEMEREN, F. H. y GROOTENDORST, R., *A systematic theory of argumentation: the pragma-dialectical approach*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004. ISBN: 9780511164859.

WODAK, R., "De qué trata el análisis crítico del discurso (ACD). Resumen de su historia, sus conceptos fundamentales y sus desarrollos", en WODAK, R. y MEYER, M. (eds.), *Métodos de análisis crítico del discurso*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 17-34 (obra original publicada en 2001).