

EVELINE T.
FETERIS

FUNDAMENTOS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

REVISIÓN DE LAS TEORÍAS SOBRE LA
JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

ALBERTO SUPELANO
(TRAD.)

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

ISBN 978-958-710-230-7

ISBN 978-958-710-510-0 E-BOOK

© 2007, 1999, EVELINE T. FETERIS

© 2007, ALBERTO SUPELANO (TRAD.)

© 1999, KLUWER ACADEMIC PUBLISHERS

© 2007, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición en español: octubre de 2007

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones

Composición: Proyectos Editoriales Curcio Penen

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico Digital S.A.S - Xpress Kimpres

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Translation from the English language edition: *Fundamentals of Legal Argumentation* by EVELINE T. FETERIS. Copyright © Kluwer Academic Publishers, being a part of Springer Science+Business Media. All Rights Reserved.

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

CAPÍTULO UNDÉCIMO

*La teoría pragma-dialéctica de la argumentación
jurídica en el contexto de una discusión crítica*

Desde la perspectiva pragma-dialéctica, la argumentación jurídica es parte de una discusión crítica que busca resolver una disputa. El objetivo de este enfoque es desarrollar un modelo para el análisis racional y la evaluación de la argumentación jurídica como forma específica e institucionalizada de argumentación.

El enfoque pragma-dialéctico de la argumentación jurídica se basa en las ideas de VAN DEN EEMEREN y GROOTENDORST, quienes propusieron una teoría general de la argumentación. Ellos han desarrollado sus ideas sobre la argumentación en varias publicaciones y han mostrado cómo se puede aplicar la teoría en el análisis y la evaluación de la argumentación en diversos contextos. Un contexto importante para la aplicación de la teoría es el derecho, y algunos estudiosos que trabajan en la tradición de la teoría pragma-dialéctica de la Escuela de Amsterdam han demostrado que las ideas pragma-dialécticas se pueden aplicar en el análisis y la evaluación de la argumentación jurídica.

La sección I esboza el enfoque pragma-dialéctico de la argumentación como parte de una discusión crítica. La sección II especifica por qué la argumentación jurídica se puede considerar como parte de una discusión crítica. Las secciones III y IV examinan el análisis pragma-dialéctico y la evaluación de la argumentación jurídica. A manera de conclusión, la sección V resume las ventajas del enfoque pragma-dialéctico en el análisis y la evaluación de la argumentación jurídica y menciona los aspectos en que se puede profundizar la teoría.

I. EL ENFOQUE PRAGMA-DIALÉCTICO DE LA ARGUMENTACIÓN COMO PARTE DE UNA DISCUSIÓN CRÍTICA

A. LA TEORÍA PRAGMA-DIALÉCTICA DE LAS DISCUSIONES ARGUMENTATIVAS

La pragma-dialéctica es una teoría de la argumentación desarrollada por FRANS VAN DEN EEMEREN y ROB GROOTENDORST en el Departamento de Comunicación Hablada, Teoría de la Argumentación y Retórica de la Universidad de Ams-

terdam. Junto con sus colegas de la Escuela de Amsterdam, llevan adelante un programa de teoría de la argumentación y análisis del discurso que se concentra en el análisis pragma-dialéctico y retórico del discurso argumentativo.

Las principales publicaciones de VAN DEN EEMEREN y GROOTENDORST en idioma inglés son *Speech Acts of Discourse in Argumentative Discussions* (1984), *Argumentation, Communication, and Fallacies* (1992), y (junto con SALLY JACKSON y SCOTT JACOBS) *Reconstructing Argumentative Discourse* (1993). *Speech Acts of Discourse in Argumentative Discussions* cubre los antecedentes teóricos del enfoque pragma-dialéctico de la argumentación, junto con sus puntos de partida filosóficos y metodológicos. *Argumentation, Communication, and Fallacies* ofrece una versión elaborada de la teoría pragma-dialéctica. *Reconstructing Argumentative Discourse* explora las conexiones entre un modelo normativo para la resolución de desacuerdos y la realidad empírica de la práctica argumentativa desarrollando herramientas analíticas para reconstruir el discurso argumentativo a la luz del ideal crítico.

En su teoría pragma-dialéctica, VAN DEN EEMEREN y GROOTENDORST presentan un modelo para analizar y evaluar las discusiones argumentativas que examina los elementos que contribuyen a resolver una diferencia de opiniones. El modelo es una herramienta heurística para encontrar los elementos que cumplen una función en el proceso de resolución y, por tanto, permite seleccionar los elementos relevantes para resolver una disputa. El modelo es también una *herramienta crítica* para determinar si la discusión conduce a resolver la disputa y para identificar los factores del proceso de discusión que contribuyen en forma positiva y negativa. En virtud de estas características, la teoría pragma-dialéctica proporciona un instrumento teórico adecuado para el análisis y la evaluación de la argumentación jurídica.

El modelo para las discusiones argumentativas se basa en el enfoque *pragma-dialéctico*. El elemento pragmático considera la argumentación como una forma de lenguaje orientada a objetivos y analiza los pasos de la discusión crítica como actos de habla que cumplen cierta función en la resolución de la disputa. Por tanto, el elemento pragmático formula reglas de comunicación e interacción para el uso del lenguaje argumentativo en diversos tipos de discusión. El elemento dialéctico de la teoría implica que la argumentación se considera como parte de un intercambio crítico de opiniones que buscan someter el punto de vista en discusión a una prueba crítica. En una discusión crítica de esta clase,

la resolución significa que se llega a una decisión acerca de si el protagonista defendió exitosamente su punto de vista con base en las reglas y los puntos de partida compartidos contra las reacciones críticas del oponente, o si el oponente lo atacó con éxito.

El núcleo de la teoría pragma-dialéctica es un modelo ideal para las discusiones críticas y un código de conducta para los participantes racionales. El *modelo ideal* especifica las etapas que se deben recorrer para facilitar la resolución de la disputa, y los diversos actos de habla que contribuyen al proceso. En la etapa de *confrontación* se establece el tema exacto de la disputa; en la etapa de *apertura* los participantes llegan a un acuerdo acerca de las reglas de la discusión, los puntos de partida y los métodos de evaluación; en la etapa de argumentación se defiende el punto de vista inicial contra las reacciones críticas y se evalúa la argumentación; y en la etapa de conclusión se determina el resultado final.

El *código de conducta para los participantes racionales* especifica las reglas para resolver las disputas de acuerdo con el modelo ideal. Estas reglas reconocen el derecho a exponer un punto de vista y a plantear dudas, el derecho y la obligación de defender un punto de vista mediante la argumentación, el derecho a mantener un punto de vista que se ha defendido exitosamente de acuerdo con los puntos de partida y los métodos de evaluación compartidos, y la obligación de aceptar el punto de vista que se defendió de esa manera. El código de conducta consta de las diez reglas siguientes¹:

- (1) Ninguna parte debe impedir que la otra exponga puntos de vista ni que plantee dudas sobre los puntos de vista.
- (2) Una parte que expone un punto de vista está obligada a defenderlo si la otra parte le pide que lo defienda.
- (3) El ataque de una parte a un punto de vista debe referirse al punto de vista que expuso realmente la otra parte.

¹ Cfr. VAN DEN EEMEREN y GROOTENDORST. *Argumentation, Communication, and Fallacies. A Pragma-dialectical Perspective*, Hillsdale, N. J., Erlbaum, 1992, pp. 208 y 209. Para una exposición completa de las reglas pragma-dialécticas, cfr. VAN DEN EEMEREN y GROOTENDORST. *Speech Acts in Argumentative Discussions*, Dordrecht, Foris, 1984, pp. 151 a 175.

(4) Una parte sólo puede defender su punto de vista exponiendo argumentos relacionados con ese punto de vista.

(5) Una parte no puede presentar falsamente como premisa algo que dejó implícito la otra parte ni negar una premisa que ella misma dejó implícita.

(6) Una parte no puede presentar falsamente una premisa como punto de partida aceptado ni negar una premisa que constituye un punto de partida aceptado.

(7) Una parte no puede considerar que un punto de vista ha sido defendido concluyentemente si la defensa no se ha efectuado mediante un esquema de argumentación apropiado y correctamente aplicado.

(8) En su argumentación, una parte sólo puede usar argumentos lógicamente válidos o susceptibles de ser validados haciendo explícitas una o más premisas implícitas.

(9) Una defensa fallida de un punto de vista debe llevar a que la parte que expuso el punto de vista se retracte, y una defensa concluyente a que la otra parte se retracte de sus dudas sobre el punto de vista.

(10) Una parte no debe usar formulaciones insuficientemente claras o confusamente ambiguas y debe interpretar las formulaciones de la otra parte tan cuidadosa y precisamente como sea posible.

Para cumplir estas reglas de la discusión (que constituyen las condiciones de primer orden para una discusión racional), los participantes deben actuar como litigantes racionales, lo que implica que deben tener una actitud razonable en la discusión. Las características internas que denotan una actitud razonable en la discusión son condiciones de segundo orden, e implican que los litigantes están realmente dispuestos a resolver la disputa de manera racional. Por ejemplo, los participantes deben aceptar que sus puntos de vista pueden resultar erróneos y estar dispuestos a admitir que los puntos de vista de otros pueden ser justificados cuando se defienden exitosamente de acuerdo con los puntos de partida y los procedimientos de evaluación aceptados.

Sin embargo, la disposición a comportarse como litigantes razonables sólo puede contribuir a resolver la disputa si se cumplen ciertas condiciones

relacionadas con las circunstancias externas. Por ejemplo, la situación de la discusión debe ser tal que los participantes no sólo estén dispuestos, sino que también sean libres de exponer y defender el punto de vista de su elección, y de plantear dudas sobre el punto de vista de otros. Estas condiciones, que se refieren a las circunstancias externas de la discusión, son necesarias para permitir que los participantes se comporten razonablemente, y se conocen como condiciones de tercer orden.

El enfoque pragma-dialéctico de la argumentación es un esfuerzo para combinar una descripción empíricamente adecuada con una posición crítica hacia la práctica argumentativa. El dispositivo teórico primario que se usa para lograr esta integración es el modelo de discusión crítica encaminado a resolver una diferencia de opiniones. En este modelo, se conjugan las reglas y regularidades del discurso real con los principios normativos del discurso orientado a objetivos. El modelo de discusión crítica es una abstracción, un sistema teóricamente motivado por un discurso ideal orientado a la resolución. Este modelo proporciona un marco para interpretar y reconstruir el discurso argumentativo real, y para evaluar el comportamiento argumentativo. Puede servir entonces como norma para guiar el mejoramiento de la práctica de la argumentación.

En vez de servir como mero ideal utópico, este modelo de discusión crítica puede proporcionar una guía general y vital de comportamiento a las personas que desean resolver sus diferencias mediante el discurso argumentativo. En parte, las reglas de la discusión crítica corresponderán a las normas que ya han internalizado. La pretensión de que estas reglas sean aceptables no se basa en una necesidad metafísica, sino en su conveniencia para hacer la tarea para la que se han ideado: la resolución de disputas. La aceptabilidad de las reglas no se puede derivar de una autoridad externa ni de un origen sacrosanto, sino que se debe apoyar en la efectividad de su aplicación. Puesto que la aceptabilidad de las reglas se debe juzgar por el grado en que logran resolver los problemas que buscan resolver, la razón para aceptar las reglas se puede caracterizar, filosóficamente, como "pragmática"². La validez del modelo se basa entonces en su *validez para los problemas*, la cual implica que es adecuado para su tarea,

2 Cfr. la fundamentación de las reglas de discusión de ALEXI, a las que denomina "universales-pragmáticas".

y en la *validez convencional*, la cual implica que es aceptable para las personas a las que se destina. Estas son personas que aceptan la duda como parte integral de su estilo de vida y que usan la crítica hacia sí mismas y hacia los demás para resolver los problemas por ensayo y error. Usan el discurso argumentativo como medio para detectar la debilidad de los puntos de vista relacionados con el conocimiento, los valores y los objetivos, y para eliminar estas debilidades hasta donde sea posible. En cuanto se oponen a la protección de los puntos de vista y a la inmunización de toda clase de punto de vista contra la crítica, dichas personas rechazan todo “justificacionismo” fundamentalista.

B. EL ANÁLISIS Y LA EVALUACIÓN DE LAS DISCUSIONES ARGUMENTATIVAS

Para establecer si la argumentación que se expone en defensa de un punto de vista es sólida, primero se debe hacer un *análisis* de los elementos que son importantes para evaluar la argumentación. En la *evaluación* basada en este análisis, se debe encontrar una respuesta a la pregunta de si los argumentos pueden resistir la crítica racional. En una *reconstrucción racional* se hace un análisis de la argumentación en el que se representan los elementos relevantes para una evaluación racional³.

Una reconstrucción racional acorde con la teoría pragma-dialéctica no implica que cada elemento de una discusión jurídica se considere como parte de una discusión crítica; el objetivo es averiguar cuál será el resultado cuando la discusión se considera como una discusión crítica que es *externalizada*, *funcionalizada*, *socializada* y *dialectizada*. La externalización implica que sólo se toman en consideración los elementos que se expresan verbalmente. El análisis sólo tiene en cuenta los compromisos explícitos o implícitos de los participantes y hace abstracción de los estados psicológicos, de los objetivos estratégicos, etc., que no se expresan verbalmente. La funcionalización implica que sólo se tienen en cuenta los actos de habla que cumplen una función en la resolución de la disputa. La resolución de una disputa es apenas uno de los

3 Cfr., por ejemplo, MACCORMICK y SUMMERS. *Interpreting Statutes*, cit., pp. 21 a 23.

muchos objetivos a los que se sirve mediante el uso del lenguaje. La socialización significa que la reconstrucción se refiere a los objetivos comunicativos e interactivos que los participantes intentan lograr. La dialectización implica que el discurso se reconstruye como una discusión crítica dirigida a la prueba crítica de un punto de vista.

Para evaluar adecuadamente el discurso argumentativo se requiere una revisión analítica de todos los elementos del discurso que son cruciales para resolver la diferencia de opiniones. En una revisión analítica del discurso argumentativo es necesario considerar los siguientes puntos:

- (1) Los puntos de vista en disputa en la diferencia de opiniones y las posiciones que adoptan las partes
- (2) Los argumentos que aducen las partes
- (3) La estructura de argumentación de los argumentos

El análisis de la diferencia de opiniones implica identificar los puntos en disputa en el discurso e identificar las posiciones que se adoptan con respecto a esos puntos; el análisis de los argumentos implica identificar los argumentos que se aducen en forma explícita, implícita o indirecta; el análisis de la argumentación implica identificar las relaciones entre los argumentos que se exponen en favor de un punto de vista.

Cuando se recopila una revisión analítica con base en un análisis reconstructivo justificado, se crea un punto de vista adecuado para evaluar el discurso. En la evaluación es necesario considerar los siguientes aspectos:

- (1) Los esquemas de argumentación que se usan en la argumentación
- (2) La observación de las reglas de la discusión crítica

La reconstrucción de los esquemas de argumentación implica identificar la manera como las premisas apoyan un punto de vista en cada uno de los argumentos. La evaluación de los esquemas de argumentación ("argumentación sintomática", "argumentación analógica", "argumentación causal") implica determinar si el

esquema de argumentación se ha elegido y aplicado correctamente. Para cada esquema de argumentación existe un conjunto de preguntas críticas que se han de responder satisfactoriamente para que la argumentación sea aceptable⁴.

Con respecto a la observación de las reglas para la discusión crítica el analista determina hasta qué punto se han observado todas las reglas de la discusión crítica. Esto equivale a verificar si uno o más participantes han cometido una *falacia*, la cual se considera como una violación de una regla de la discusión, y en qué medida esta violación ha impedido la resolución de la disputa. Por ejemplo, la regla 1 puede ser violada —en la etapa de confrontación— de varias maneras, tanto por el protagonista como por el antagonista. Una parte puede negar al oponente el derecho a exponer cierto punto de vista o a criticar un punto de vista. Esta forma de comportamiento se dirige personalmente al oponente y busca eliminarlo como partícipe serio en la discusión. Esto se puede hacer desacreditando la pericia, la imparcialidad, la integridad o la credibilidad del oponente (*argumentum ad hominem*)⁵.

El análisis del discurso argumentativo equivale a interpretarlo desde una perspectiva teórica específica. Esto significa que la interpretación está guiada por un modelo teórico motivado que ofrece un punto de referencia para el análisis. Una perspectiva teórica significa que en el análisis se destacan algunos aspectos específicos del discurso. El análisis del discurso argumentativo desde la perspectiva pragma-dialéctica parte del modelo ideal de la discusión crítica y sintetiza, en una revisión analítica, los elementos del discurso que son relevantes para resolver la diferencia de opiniones. Este análisis es “pragmático” en cuanto considera que el discurso es esencialmente un intercambio de actos de habla; es “dialéctico” en cuanto considera que este intercambio es un esfuerzo metódico para resolver una diferencia de opiniones.

La evaluación del discurso argumentativo desde una perspectiva pragma-dialéctica implica que la evaluación es siempre condicional: la evaluación prag-

4 Para una discusión más amplia de la evaluación con base en los esquemas de argumentación, cfr. VAN DEN EEMEREN y GROOTENDORST. *Argumentation, Communication, and Fallacies*, cit., pp. 94 a 102.

5 Para un tratamiento más detallado de las falacias como violaciones de las reglas de la discusión, cfr. *ibíd.*, pp. 102 a 217.

ma-dialéctica sólo es relevante debido a que la discusión se puede considerar como una discusión crítica orientada a resolver una disputa y a que se supone que los participantes se comportan como litigantes racionales. En la práctica, es difícil que la discusión se oriente en el ciento por ciento a la resolución o a la no resolución. En casos que no son claros, donde la discusión puede o no estar orientada a resolver una disputa, es útil emplear la estrategia de análisis máximamente argumentativo e interpretar el discurso (o la parte del discurso) en cuestión como si fuera una discusión crítica (o parte de una discusión crítica).

De acuerdo con VAN DEN EEMEREN y GROOTENDORST, los problemas complejos que están en juego en el análisis y la evaluación de la argumentación sólo se pueden resolver de manera adecuada con ayuda de un programa de investigación complejo. Tal como ellos lo conciben, este programa incluye componentes filosóficos, teóricos, analíticos, empíricos y prácticos⁶. Por una parte, es necesario un ideal filosófico de racionalidad y, a partir de este ideal, desarrollar un modelo teórico para la argumentación aceptable. Por otra parte, la realidad argumentativa se debe investigar empíricamente y determinar, en la práctica, dónde se presentan problemas. Luego se deben unir sistemáticamente las dimensiones normativas y descriptivas desarrollando instrumentos analíticos que hagan posible ver la realidad argumentativa a la luz del ideal de racionalidad que se prefiera.

En el componente *filosófico* está en juego el problema de la argumentación y la razonabilidad. La teoría debe especificar los principios del estudio de la argumentación cuando aborda el problema de qué significa ser razonable. En el enfoque pragma-dialéctico, la razonabilidad no está determinada únicamente por la norma del acuerdo intersubjetivo sino que también depende de la "norma externa" de que a este acuerdo se debe llegar de una manera válida. Todo argumentación se considera como parte de una discusión crítica entre dos partes que tratan de resolver una diferencia de opiniones, y el criterio adicional para la razonabilidad es si un procedimiento argumentativo es adecuado para lograr este objetivo. Debido a este vínculo entre el ideal de razonabilidad y el comportamiento metódico de la discusión crítica, el enfoque pragma-dialéctico se puede caracterizar como *crítico-racionalista*.

6 Cfr. F. H. VAN DEN EEMEREN. "Argumentation Studies' Five Estates", en WENZEL (ed.), 1987.

En el componente teórico se da forma al ideal de razonabilidad presentando un modelo de lo que implica actuar de modo razonable en un discurso argumentativo. El modelo ideal busca proporcionar una comprensión adecuada del discurso argumentativo especificando los modos de argumentación que son aceptables para un juez racional en vista de cierta concepción filosófica de la razonabilidad. Se crea entonces un marco teórico que, si las cosas funcionan bien, puede cumplir funciones heurísticas, analíticas y críticas en el tratamiento del discurso argumentativo. En el enfoque pragma-dialéctico, todo argumento se considera como parte de una discusión crítica, bien sea explícito o implícito. El modelo ideal especifica las etapas de dicha discusión y los pasos que pueden contribuir a resolver la diferencia de opiniones.

En el componente *de reconstrucción*, el discurso argumentativo que surge realmente se debe someter a una interpretación analítica antes de que la visión proporcionada por el modelo teórico se pueda aplicar a situaciones prácticas. El enfoque pragma-dialéctico busca unir sistemáticamente la apariencia exterior de la práctica con su modelo ideal. En el nivel analítico, la pregunta central es cómo se puede reconstruir el discurso argumentativo de modo que sólo se destaquen los aspectos relevantes en vista del modelo ideal que determina el foco de atención. El análisis pragma-dialéctico aporta ideas acerca de los aspectos del discurso que son relevantes para resolver la disputa reconstruyendo el discurso argumentativo.

En el componente *empírico* se describe el proceso efectivo de producción, identificación y evaluación de las piezas del discurso argumentativo y de los factores que influyen en el resultado. La investigación empírica cubre una gama que va desde las mediciones cuantitativas hasta los estudios cualitativos. En la perspectiva pragma-dialéctica se da énfasis a la explicación de la manera como las diversas intervenciones argumentativas contribuyen a resolver la diferencia de opiniones. Y se examinan los elementos lingüísticos y no lingüísticos que cumplen una función en el proceso que lleva a aceptar o a rechazar racionalmente un punto de vista.

En el componente *práctico* se emplean las ideas filosóficas, teóricas, analíticas y empíricas para desarrollar métodos que mejoren la práctica argumentativa al tiempo que se tiene en cuenta sistemáticamente la diversidad de entornos comunicativos. En el enfoque pragma-dialéctico, la práctica argumentativa se mejora profundizando la actitud de disposición a la discusión y, partiendo

del conocimiento de los obstáculos, aportando ideas sobre los prerequisites procedimentales para resolver los conflictos. El objetivo es proporcionar una mejor comprensión de los problemas involucrados en la producción, el análisis y la evaluación del discurso argumentativo.

II. ANÁLISIS PRAGMA-DIALÉCTICO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

A. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO PARTE DE UNA DISCUSIÓN CRÍTICA

En su aspecto legal, el objetivo es desarrollar una aplicación legal de la teoría pragma-dialéctica. Para desarrollarla, primero se debe responder la siguiente pregunta: ¿en qué aspectos la argumentación jurídica y las discusiones jurídicas son similares al tema de estudio de la teoría pragma-dialéctica? Y para responderla primero se debe establecer cómo se relacionan las diversas etapas de la discusión crítica y las contribuciones de las partes y de los jueces en esas etapas con las etapas y contribuciones correspondientes a la discusión crítica. En segundo lugar se debe establecer en qué aspectos se aplican las reglas del modelo ideal en un contexto jurídico. Después de responder estas preguntas se puede determinar cómo proceder en el análisis racional y la evaluación de la argumentación jurídica desde la perspectiva pragma-dialéctica.

En el enfoque pragma-dialéctico, la argumentación jurídica se considera como una forma de argumentación específica e institucionalizada, y las discusiones jurídicas como formas específicas e institucionalizadas de discusión argumentativa. En esta concepción, la argumentación jurídica es parte de una *discusión crítica* orientada a resolver una disputa. Y el comportamiento de las partes y del juez es un esfuerzo por resolver una diferencia de opiniones. En un proceso legal (por ejemplo, en un proceso civil o en un proceso penal) entre dos partes y un juez, la argumentación es parte de una discusión explícita o implícita. Las partes reaccionan a ciertas formas de duda crítica o se anticipan a ellas⁷.

7 Este tipo de discusión regulada se puede encontrar en los procedimientos legales de los sistemas jurídicos continentales, por ejemplo, en los procesos civil y penal holandeses. En

En un proceso legal se pueden distinguir varias discusiones. En la discusión entre las partes, la demanda del protagonista (el demandante en un proceso civil o el fiscal en un proceso penal) se pone a prueba por medio de las reacciones críticas del oponente (el demandado en un proceso civil o el acusado en un proceso penal). Una característica específica del proceso legal es que además de la discusión entre las partes, hay una discusión (implícita) entre las partes y el juez, la cual busca comprobar si la demanda del protagonista se puede defender contra las reacciones críticas que el juez expone en su calidad oficial de *antagonista institucional*. El juez debe verificar si la demanda es aceptable a la luz de las reacciones críticas de la otra parte y a la luz de los puntos de partida jurídicos y de las reglas de evaluación que se deben tener en cuenta al evaluar los argumentos en un proceso legal. Estas preguntas institucionales que el juez debe responder en su evaluación se pueden considerar como formas institucionales de duda crítica expuestas por el juez en su calidad oficial. En la defensa de sus puntos de vista, las partes se anticipan a las posibles reacciones críticas de la otra parte y del juez⁸.

Cuando el juez presenta la decisión, la somete a la prueba crítica de la audiencia al que se dirige. Esta audiencia múltiple está formado por las partes, los jueces superiores, otros abogados y la comunidad jurídica. Por consiguiente, para justificar su decisión el juez debe presentar argumentos que la respalden⁹. Debe especificar los hechos, la(s) norma(s) legal(es) y las consideraciones adi-

Discussieregels in het recht. Een pragma-dialectische analyse van het burgerlijk proces en het strafproces, Dordrecht, Foris, 1989, E. T. FETERIS describe las diversas discusiones que se pueden distinguir en un proceso legal, las funciones que las partes y el juez pueden cumplir en la discusión, y los factores que contribuyen a la resolución racional de la disputa.

- 8 Para una descripción detallada de las reacciones críticas del juez en un proceso penal, cfr. E. T. FETERIS. "The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation from a Pragma-dialectical Perspective", en VAN DEN EEMEREN et ál. (eds.). *Proceedings of the Third International Conference on Argumentation*, vol. IV, Amsterdam, SicSat, 1995.
- 9 En algunos sistemas jurídicos existen disposiciones (estatutarias) que requieren justificación. Por ejemplo, la sección 121 de la Constitución holandesa, la sección 313 (1) del Código de Procedimiento Civil alemán (ZPO). Para una descripción de las convenciones y estilos de justificación de las decisiones jurídicas en algunos países, cfr. MACCORMICK y SUMMERS. *Interpreting Statutes*, cit.

cionales (los métodos de interpretación que empleó para interpretar la norma establecida, las reglas de prioridad que usó para establecer prioridades entre las diversas normas, etc.) que fundamentan su decisión. Desde una perspectiva pragma-dialéctica, la justificación forma parte de la discusión entre el juez y los posibles antagonistas: la parte que puede apelar la decisión y el juez de apelación. En su justificación, el juez anticipa las reacciones críticas que pueden exponer estos antagonistas.

En un proceso legal, el proceso de resolución se puede considerar como una discusión crítica en la que se tienen que recorrer las etapas de la discusión crítica pragma-dialéctica: la etapa de confrontación, la etapa de apertura, la etapa de argumentación y la etapa final o de conclusión¹⁰.

La primera etapa del proceso legal, en la que las partes exponen su punto de vista, se puede caracterizar como la *fase de confrontación*. Allí el juez se mantiene pasivo. Lo único que tiene que hacer es asegurar que las partes presenten sus puntos de vista de acuerdo con las reglas de procedimiento.

La segunda etapa, la etapa de apertura, en la que los participantes llegan a un acuerdo sobre los puntos de partida y las reglas de la discusión, suele estar implícita en el proceso legal. La *etapa de apertura* se puede representar mediante el sistema institucionalizado de reglas y puntos de partida de la discusión. Las reglas de la discusión pueden ser las reglas establecidas en los códigos de procedimiento. Los

¹⁰ Para una explicación más detallada del análisis del proceso legal, desde el punto de vista de la discusión crítica, cfr. E. T. FETERIS. "The Dialectical Role of the Judge in a Dutch Legal Process", en WENZEL (ed.). Ob. cit.; *id.* *Discussieregels in het recht*, cit.; *id.* "Conditions and Rules for Rational Discussion in a Legal Process: A Pragma-dialectical Perspective", en *Argumentation and Advocacy. Journal of the American Forensic Association*, vol. 26, n.º 3, 1990, pp. 108 a 117; *id.* "Normative Reconstruction of Legal Discussions", en VAN EEMEREN et ál. (eds.), 1991; *id.* "The Judge as a Critical Antagonist in a Legal Process: a Pragma-dialectical Perspective", en R. E. MCKERROW (ed.). *Argument and the Postmodern Challenge. Proceedings of the Eighth SCA/AF A Conference on Argumentation*, Annandale, Speech Communication Association, 1993; *id.* "Rationality in Legal Discussions: A Pragma-dialectical Perspective", *Informal Logic*, vol. xv, n.º 3, pp. 179 a 188, 1993; *id.* "The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation from a Pragma-dialectical perspective", cit.; *id.* "The Analysis and Evaluation of legal Argumentation from a Pragma-dialectical perspective", *Fundamentals of Argumentation theory*, Mahwah (N. J.), Erlbaum, 1996; *id.* "The Analysis and evaluation of Argumentation in Dutch Criminal Proceedings from a Pragma-dialectical perspective", 1997.

puntos de partida pueden ser normas jurídicas (establecidas en estatutos, tratados internacionales, etc.), principios generales del derecho, proposiciones de la dogmática jurídica, etc. Debido a que es improbable que las partes lleguen por sí mismas a un acuerdo sobre las reglas y los puntos de partida comunes, el sistema jurídico proporciona un sistema institucionalizado que cumple la misma función y, de ese modo, garantiza que los puntos de partida y las reglas de la discusión se puedan utilizar para resolver los conflictos legales. De modo que por razones de certidumbre jurídica, la etapa de apertura que involucra el acuerdo sobre las reglas y los puntos de partida se cumple antes de la discusión.

En la tercera etapa, la *etapa de argumentación*, la parte que pidió la decisión del juez tiene que defender su punto de vista y se da a la otra parte la oportunidad de exponer sus contraargumentos. En esta etapa el juez también evalúa la argumentación. En el derecho holandés y de otros países del continente, esta parte de la etapa de argumentación de los procedimientos jurídicos difiere de la etapa de la argumentación del sistema angloamericano. En los sistemas continentales, la decisión sobre la fuerza y el peso de la evidencia y la respuesta a la pregunta acerca de si los hechos llevan a la consecuencia legal requerida son responsabilidad del juez y no del jurado. El juez es el que decide sobre los asuntos factuales y legales.

En la cuarta y última etapa del proceso, que se puede considerar como la *etapa de conclusión*, el juez tiene que decidir si la demanda se defendió exitosamente contra los contraargumentos críticos. Si se puede considerar que los hechos están demostrados y el juez decide que existe una norma jurídica que los conecta con la demanda, aceptará la demanda. Si no se puede considerar que los hechos están demostrados, o si no existe ninguna norma jurídica aplicable, el juez rechazará la demanda.

Podríamos decir que todas las etapas de la discusión crítica pragma-dialéctica están representadas en el proceso legal y que la manera de conducir la discusión se puede considerar como un proceso de comprobación crítica de un punto de vista que lleva a resolver la disputa. No obstante, hay algunas diferencias cruciales que merecen atención.

En una discusión crítica, las partes aseguran conjuntamente que se están cumpliendo las reglas de la discusión y deciden conjuntamente el resultado de la evaluación y el resultado de la discusión. En el proceso legal, por razones de imparcialidad, es tarea del juez asegurar que se observan las reglas de pro-

cedimiento. También es tarea del juez evaluar la argumentación y tomar una decisión sobre el resultado final. De modo que en un proceso legal el juez hace por sí solo lo que hacen conjuntamente las partes en una discusión crítica.

Debido a los objetivos jurídicos específicos, como la seguridad legal y la equidad, la ley contempla algunos procedimientos y reglas que difieren en ciertos aspectos de las reglas y procedimientos de la discusión crítica. Estas reglas y procedimientos deben garantizar que una tercera parte neutral pueda resolver el conflicto dentro de cierto límite de tiempo. Estas reglas y procedimientos se examinan más adelante, en la sección sobre las normas para evaluar el procedimiento de discusión.

B. EL ANÁLISIS DE LAS DISPUTAS LEGALES

Como ya se demostró, la argumentación jurídica forma parte de una discusión entre diversos participantes: las partes en disputa y el juez. Para decidir si un punto de vista legal es aceptable, es necesario determinar si se ha defendido con éxito contra ciertas reacciones críticas¹¹. De modo que el primer paso del análisis debe determinar las posiciones que adoptan por los diversos participantes.

En comparación con la disputa en una discusión crítica, la diferencia de opiniones en un proceso legal es más compleja porque siempre está integrada por varias disputas: una entre los participantes y otra entre la parte que inicia los procedimientos y el juez. Como muestra FETERIS (1989), en un proceso civil holandés siempre hay una diferencia de opiniones entre las partes y otra entre el demandante y el juez. Desde una perspectiva pragma-dialéctica, los participantes adoptan diversas posiciones con respecto a la demanda que expone el demandante. El mismo demandante adopta un punto de vista positivo, el demandado adopta un punto de vista neutral si no se presenta en el tribunal y un

11 En este contexto debemos distinguir entre la perspectiva interna de los participantes en la disputa y la perspectiva externa del teórico legal que determina la racionalidad del proceso. Desde la perspectiva interna, el juez realiza la evaluación. Él debe decidir si una parte defendió exitosamente su punto de vista de acuerdo con ciertas normas jurídicas de corrección. Desde la perspectiva externa, el teórico legal realiza la evaluación. Pues es quien determina si un punto de vista legal —por ejemplo, una decisión jurídica— fue defendido exitosamente de acuerdo con ciertas normas jurídicas de corrección.

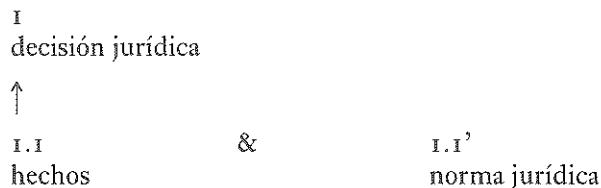
punto de vista negativo si se opone a la demanda. El juez está obligado a adoptar un punto de vista neutral con respecto a los alegatos de las partes y, por tanto, en términos pragma-dialécticos, adopta un punto de vista neutral. Cuando se reconstruyen las relaciones entre estas posiciones en términos de una disputa pragma-dialéctica, podemos reconstruir dos o más diferencias de opiniones: una entre el demandante y el demandado, otra entre el demandante y el juez, y si el demandado se opone a la demanda, otra entre el demandado y el juez. Para otras formas de procedimiento legal se pueden hacer reconstrucciones similares de las diversas disputas que constituyen el punto de partida de la discusión.

C. ARGUMENTACIÓN INDIVIDUAL Y COMPLEJA EN LAS DISCUSIONES LEGALES

El segundo paso del análisis debe determinar los argumentos que se exponen en reacción a las diversas formas de duda crítica y las relaciones entre estos argumentos.

En la reconstrucción, el enfoque pragma-dialéctico distingue diversas formas de argumentación¹². En el caso más simple, llamado argumento individual, la argumentación consiste en una descripción de los hechos del caso (I.I) y una descripción de la norma jurídica (I.I'). La justificación implica que la decisión (I) se defiende mostrando que los hechos (I.I) se pueden considerar como una ilustración concreta de las condiciones que se requieren para aplicar la norma jurídica (I.I'). El modelo se puede representar esquemáticamente como sigue:

Figura 1



12 Para una descripción detallada de las diversas formas de argumentación, cfr. VAN DEN EEMEREN y GROOTENDORST. *Argumentation, Communication, and Fallacies*, cit., cap. 7.

A menudo la argumentación es más compleja, lo que significa que se exponen más argumentos en defensa del punto de vista. Cuando un punto de vista legal es respaldado por más de un argumento, el carácter de las conexiones entre esos argumentos puede diferir. VAN DEN EEMEREN y GROOTENDORST (1992) distinguen varias formas de argumentación compleja, que dependen de los tipos de conexión entre los argumentos individuales, a saber: argumentación múltiple (alternativa), argumentación coordinadamente compuesta (acumulativa) y argumentación subordinada¹³.

En la *argumentación múltiple*, cada uno de los argumentos constituye en sí mismo un respaldo suficiente para el punto de vista. Si se ataca con éxito uno de los argumentos de una argumentación múltiple, el punto de vista aún queda suficientemente respaldado por los argumentos restantes. La argumentación múltiple se suele utilizar cuando el argumentador trata de disipar diversos tipos de dudas que pertenecen a aspectos diferentes de su punto de vista. También puede suceder que después de un argumento el argumentador simplemente exponga una clase muy diferente de argumento con la esperanza de que tenga más éxito.

La *argumentación coordinadamente compuesta* consiste en varios argumentos ligados horizontalmente, que en conjunto dan un respaldo suficiente al punto de vista. En estos casos, un ataque exitoso a uno solo de los argumentos debilita la argumentación en su conjunto. El argumentador puede usar la argumentación coordinada si quiere reaccionar a las diversas dudas expuestas por un antagonista.

La *argumentación subordinada* en favor de un punto de vista se presenta cuando el que argumenta supone que no se aceptará inmediatamente un argumento individual porque es necesario defenderlo. La defensa de la argumentación lleva a una serie más larga o más corta de argumentaciones individuales "ligadas verticalmente". Cada uno de los argumentos de la cadena contribuye a la defensa del punto de vista y sólo la serie en su conjunto puede constituir una defensa concluyente.

13 Para una descripción más amplia de las diversas formas de argumentación compleja en el derecho, cfr. J. PLUG. "Reconstructing Complex Argumentation in Judicial Decisions", en F. H. VAN EEMEREN y R. GROOTENDORST (eds.). *Studies in Pragma-dialectics*, Amsterdam, SicSat, 1994; id. "The Rational Reconstruction of Additional Considerations in Judicial Decisions", en VAN EEMEREN et ál. *Proceedings*, vol. IV, cit.

D. CASOS CLAROS Y CASOS DIFÍCILES: ARGUMENTACIÓN INDIVIDUAL Y ARGUMENTACIÓN COMPLEJA

La distinción entre casos claros y casos difíciles, que se suele hacer en teoría del derecho, es importante para reconstruir la estructura de la argumentación en un contexto jurídico¹⁴. En los casos claros no se disputan los hechos ni la norma jurídica, y el juez puede exponer lo que en términos pragma-dialécticos se llama argumento *individual*. En los casos difíciles, en los que se disputan los hechos o la norma jurídica, se requiere una justificación adicional por medio de una cadena de argumentos compuestos o argumentos *subordinados*. Un ejemplo de un caso difícil es el famoso “caso de la electricidad” holandés. En la argumentación de la Corte Suprema holandesa se interpretó una norma del Código Penal, y esta interpretación tenía, a su vez, que ser defendida. En ese caso se defendió una interpretación teleológica de la cláusula 310, mostrando que la lectura de la norma concordaba con el objetivo de la norma: la protección de la propiedad ajena.

En 1918, un dentista de La Haya alteró el medidor de electricidad y lo manipuló para conseguir electricidad gratuita. Cuando fue atrapado fue procesado por robo. Al final, la Corte Suprema tenía que decidir si el robo de electricidad era un delito penal o el robo de un “bien” por el que la cláusula 310 del Código Penal holandés prescribía una multa. La Corte Suprema (HR 23-5-1921, NJ 1921, 564) decidió que el robo de electricidad se consideraba el robo de un bien. La Corte Suprema estableció que la cláusula 310 buscaba proteger la propiedad de los individuos y, por esa razón, el robo de un “bien” se debía castigar en las circunstancias descritas. De acuerdo con la Corte, esta cláusula se aplica a electricidad en virtud de sus propiedades. Una propiedad de la electricidad es que tiene cierto valor, debido a que alguien tiene que incurrir en gastos y hacer algún esfuerzo para obtenerla, y debido a que se puede usar en beneficio propio o venderse a otros a cambio de dinero. Por tanto, consideró que la electricidad era un bien. El análisis del argumento es el siguiente:

¹⁴ Para una explicación más profunda de la distinción entre los casos claros y los casos difíciles, cfr. el capítulo primero de este libro.

I
El acusado debe ser condenado y encarcelado durante tres meses
(decisión jurídica)

↑

I. I	&	(I. I')
El acusado tomó un bien que pertenece total o parcialmente a otro con la intención de apropiárselo (calificación legal de los hechos)		Si alguien toma un bien que pertenece total o parcialmente a otro con la intención de apropiárselo, debe ser condenado por robo y encarcelado por un término máximo de cuatro años (norma jurídica)

Argumento A

↑

(I. I. I)	&	I. I. I'
El acusado se apoderó de una propiedad		Si alguien se apodera de una propiedad, hurta un bien

Argumento B

↑

(I. I. I. I)	&	I. I. I. I'
El acusado se apoderó de algo que tiene cierto valor		Si alguien se apodera de algo que tiene cierto valor, hurta una propiedad

Argumento C

↑

(I. I. I. I. I)	&	I. I. I. I. I'
El acusado se apoderó de electricidad		Si alguien se apodera de electricidad, se apodera de algo que tiene cierto valor

Argumento D

Para sostener que la cláusula 310 del Código Penal holandés se debe aplicar a los hechos de este caso concreto, se debe demostrar que los hechos (I. I. I. I. I) constituyen una manifestación concreta de las condiciones para la aplicación de la norma jurídica de la cláusula 310 (la norma legal I. I. I'). Para defender esta

pretensión, se requiere una cadena de argumentos subordinados que contengan una justificación paso por paso. Primero se demuestra que la electricidad es algo que tiene cierto valor (argumento D); en segundo lugar, que algo que tiene cierto valor es una propiedad (argumento C); y, finalmente, que una propiedad es un bien en el sentido de la cláusula 310 (argumento B).

Esta reconstrucción destaca los argumentos que se mantienen implícitos y que se deben hacer explícitos. Para completar todos los argumentos individuales de la cadena, se deben hacer explícitos los argumentos (I.I'), (I.I.I), (I.I.I.I). En casos difíciles similares, la interpretación particular de una norma jurídica se debe defender mediante una argumentación basada en un esquema de argumentación interpretativa tal como la argumentación semántica, la argumentación sistemática, la argumentación por analogía, etc.

E. CLAVES PARA RECONSTRUIR LA ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN

Cuando se reconstruye la estructura de la argumentación, el analista puede usar dos tipos de claves para decidir sobre el tipo de argumentación complejo: *indicadores verbales* e *información contextual*. Por supuesto, suele usar una combinación de ambas.

Cuando se determina de qué manera se estructuran los argumentos, el punto de partida debe ser siempre la presentación verbal de un texto. A veces, el texto puede contener direcciones verbales, llamadas "indicadores", acerca de la manera como se relacionan los argumentos. En los textos jurídicos hay diversos indicadores que señalan la conexión múltiple, coordinada o subordinada entre los argumentos. Pero la mayoría de las veces los indicadores explícitos están ausentes. En estas situaciones aún puede ser posible encontrar claves contextuales acerca de los vínculos entre los argumentos. Estas claves se pueden encontrar, por ejemplo, en la redacción y la estructura de la norma jurídica, en el marco de las normas jurídicas y en el contexto dialógico.

Una primera clave contextual para reconstruir una argumentación compleja puede ser la redacción y la estructura de la(s) norma(s) legal(es) en que se basa la argumentación. Para que tenga una consecuencia jurídica, se deben satisfacer las condiciones de la norma de ley, quizá combinándose en

una estructura compuesta. Por lo general, estos casos requieren dos o más condiciones, enumeradas en forma acumulativa o alternativa. Si una norma legal relevante está integrada por condiciones alternativas, esto significa que la argumentación se puede reconstruir en forma múltiple. Si el juez argumenta que esa norma legal particular no es relevante, la argumentación se ha de reconstruir en forma coordinada. La argumentación también se puede reconstruir en forma coordinada si la norma legal relevante contiene condiciones acumulativas. Y si se encuentra que la norma legal no es relevante, la argumentación puede ser individual o múltiple.

Una segunda clave contextual para reconstruir la estructura de argumentación del juez se puede encontrar en la argumentación de la parte a la que el juez está respondiendo. La perspectiva de la discusión pragma-dialéctica sobre las discusiones judiciales es importante en este contexto. Como se mencionó antes, en la justificación de su decisión el juez responde a la argumentación expuesta por las otras partes o se anticipa a las críticas que se puedan hacer contra su propia argumentación. El supuesto básico es la regla argumentativa de que una reacción adecuada a un texto discursivo de una parte guarda concordancia con la estructura de la argumentación de la otra parte. Estas conexiones puede ser una clave de la estructura de la justificación de la decisión únicamente si las conexiones entre los argumentos se presentan en forma clara e inequívoca.

Por ejemplo, si el juez reacciona a una argumentación múltiple, en su negación debe, en principio, presentar una argumentación que se pueda reconstruir en forma coordinadamente compuesta. Si responde a una argumentación coordinadamente compuesta, en principio, sólo necesita presentar una argumentación individual. Pero si expone más de un argumento, las conexiones entre estos argumentos se deben reconstruir en forma múltiple. En FETERIS (1997a) se da un ejemplo de la estructura dialéctica que determina la forma de la argumentación compleja que el juez tiene que presentar en defensa de su decisión, donde se describe cómo reacciona el juez a la argumentación del fiscal y del acusado en los procedimientos penales¹⁵.

15 Cfr., por ejemplo, FETERIS. "The Analysis and Evaluation", 1995, cit.; PLUG. "The Rational Reconstruction", cit.; ID. "Complex Argumentation in Judicial Decisions. Analysing Conflic-

De modo que hay varias claves para una posible reconstrucción de la estructura de la argumentación. Para un análisis adecuado se requiere conocer las diversas estructuras de argumentación además del conocimiento de los indicadores verbales y de los contextos en los que se pueden presentar estas estructuras complejas.

F. PREMISAS OMITIDAS Y ARGUMENTACIÓN COMPLEJA

En la reconstrucción de la argumentación se deben hacer explícitos todos los pasos de la argumentación. Como hemos visto, mediante la reconstrucción de la estructura de argumentación, obtenemos una imagen clara de los diversos argumentos que se exponen en defensa de un punto de vista y de la manera como se interrelacionan¹⁶. En dicha reconstrucción llega a ser claro que algunos pasos argumentativos permanecen implícitos; la tarea del analista es elaborar una reconstrucción racional de estos argumentos implícitos.

Cuando reconstruye los argumentos implícitos, el analista puede usar ideas lógicas y pragmáticas¹⁷. Para establecer lo que se ha dejado sin expresar desde una perspectiva lógica, debe tratar de descubrir el enunciado que se requiere para que el argumento sea lógicamente válido. Si el argumentador es sincero y no cree que su argumentación sea fútil, esto significa que supone que los demás se inclinan a aplicar los mismos criterios de aceptabilidad. Entre ellos el de validez lógica. Por consiguiente, el analista debe examinar si es posible complementar el argumento inválido de manera tal que se torne váli-

ting Arguments", en D. M. GABBAY y H. J. OHLBACH (eds.). *Proceedings of the International Conference on Formal and Applied Practical Reasoning*, Berlin, Springer, 1996.

16 Los autores de teoría del derecho, como ALEXI. *A Theory of Legal Argumentation*, cit., prestan poca atención a la cuestión de la reconstrucción de las premisas omitidas. ALEXI sólo dice que una decisión jurídica se debe seguir al menos de una norma universal junto con otros enunciados, pero no indica cómo hacer explícitos los supuestos implícitos. De la descripción de ALEXI se puede inferir que si se ha omitido la norma universal, se debe hacer explícita. Ninguno de los autores de teoría del derecho especifica cómo se deben formular exactamente los elementos omitidos en los diversos niveles de la cadena de argumentos que defienden la interpretación de una norma jurídica.

17 Para un tratamiento más amplio del tema de las premisas omitidas, cfr. VAN DEN EEMEREN y GROOTENDORST. *Argumentation, Communication, and Fallacies*, cit., pp. 60 a 72.

do. Sin embargo, la premisa que hace el argumento lógicamente válido desde una perspectiva pragmática, el mínimo lógico, a veces no aporta nada nuevo y es, por tanto, superflua. Para que la premisa omitida sea más informativa, el analista puede formular el óptimo pragmático que cumple todas las reglas de comunicación. A menudo, basta generalizar el mínimo lógico, para hacerlo tan informativo como sea posible sin atribuir compromisos injustificados al argumentador, y formularlo de una manera coloquial que se ajuste al resto del discurso argumentativo¹⁸.

FETERIS (1998b), con base en un estudio de caso, el del famoso “caso del bolígrafo” holandés, muestra cómo se pueden reconstruir las premisas omitidas en la argumentación del tribunal de distrito en defensa de la decisión acerca de los hechos basada en la evidencia de un testigo experto. Se aclara cuáles son los elementos de la argumentación que suelen permanecer implícitos y cómo se pueden hacer explícitos de manera adecuada con base en un análisis pragma-dialéctico. También muestra por qué es importante reconstruir los argumentos omitidos en la decisión de los jueces con respecto a que un hecho se puede considerar comprobado más allá de toda duda razonable, como base para una adecuada valoración de los puntos débiles de la argumentación del tribunal.

FETERIS demuestra que el tribunal basa su decisión sobre los hechos en una presunción de sentido común que permanece implícita y que puede ser criticada en varios aspectos haciendo las preguntas críticas del esquema de argumentación pragma-dialéctico. Debido a que algunas preguntas se deben responder negativamente, la argumentación no es aceptable desde una perspectiva pragma-dialéctica. En consecuencia, el ancla para la evidencia que respalda la parte principal de la argumentación del tribunal llega a ser muy débil para que se considere que los hechos se han comprobado más allá de toda duda razonable¹⁹. Por tanto, la argumentación del tribunal no satisface las normas de la discusión racional. Desde la perspectiva de la discusión racional,

¹⁸ Ibid., p. 64.

¹⁹ Para una discusión del concepto de “ancla” de la evidencia en los procedimientos penales, cfr. T. ANDERSON y W. TWINING. *Analysis of Evidence*, Boston y London, Butterworths, 1991; y WAGENAAR et ál. *Anchored Narratives*, cit.

el juez está obligado a especificar los fundamentos en los que se basa su creencia en el testimonio de un testigo experto. Se requiere una obligación de esta naturaleza especialmente cuando la decisión se apoya en su parte principal en este testimonio, como en el caso del bolígrafo. De este modo, la decisión del juez puede ser criticada por las partes y por otros jueces desde la perspectiva de la calidad de la evidencia debido a que falta una justificación adecuada de la elección de la evidencia.

III. EVALUACIÓN PRAGMA-DIALÉCTICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Como se mostró en la sección anterior, el análisis establece los argumentos que integran la justificación. La evaluación debe determinar si la argumentación es aceptable y si la discusión se ha conducido de acuerdo con las reglas de la discusión racional. En esta sección distingo las normas para evaluar el *contenido* de la argumentación y las normas para evaluar el *procedimiento* de la discusión.

A. NORMAS PARA LA EVALUACIÓN DEL CONTENIDO

En el enfoque pragma-dialéctico se verifica primero si un argumento es idéntico a un punto de partida común. Este procedimiento de evaluación se denomina *procedimiento de identificación*. Si un argumento no es idéntico a un punto de partida común, el próximo paso es el *procedimiento de comprobación* que verifica si el argumento se puede considerar aceptable de acuerdo con un método de prueba común.

Cuando se evalúan *argumentos factuales*, la primera tarea del juez —en la ley holandesa, por ejemplo— es decidir si los hechos son generalmente conocidos. De no ser así, decide si los hechos se pueden considerar probados de acuerdo con las normas jurídicas sobre la prueba.

Cuando se evalúan los *argumentos jurídicos* en los sistemas jurídicos continentales, el juez primero decide si la norma jurídica se puede considerar una norma jurídica válida de acuerdo con las fuentes del derecho generalmente aceptadas (como la ley, etc.). Las normas jurídicas válidas se pueden considerar como una forma específica de los puntos de partida comunes. En algunos

casos, se debe usar una regla de preferencia para decidir cuál norma se prefiere. Ejemplos de estas reglas son *lex posterior derogat legi priori*, que establece que una norma anterior es incompatible con una norma posterior, *lex specialis derogat legi generali*, que permite aplicar una norma más general únicamente en los casos no cubiertos por una norma incompatible menos general, y *lex superior derogat legi inferiori*, que establece que cuando una norma superior es incompatible con una norma inferior, se debe aplicar la norma superior²⁰. Cuando se interpreta una norma jurídica, el juez usa un método de interpretación (como los métodos que se discuten en el capítulo primero de este libro).

Cuando se evalúa el contenido de la argumentación en términos pragma-dialécticos, el juez también debe verificar si la relación entre las premisas y la conclusión es aceptable: en términos pragma-dialécticos, si el esquema de la argumentación ha sido elegido y aplicado correctamente. Existen diversos esquemas de argumentación, como la argumentación por analogía y teleológica o la argumentación consecuencialista, que se usan para defender la aceptabilidad de la interpretación de una norma jurídica. Cada tipo de esquema de argumentación incluye preguntas evaluativas específicas que son relevantes para la evaluación y que se deben responder satisfactoriamente mediante una defensa exitosa. En la teoría pragma-dialéctica, la investigación busca determinar los casos en los que los esquemas de argumentación han sido bien elegidos (por ejemplo, en el derecho penal holandés no se permite la interpretación analógica de las normas estatutarias) y en los que se han aplicado correctamente (por ejemplo, si una analogía no se refiere a semejanzas relevantes, la analogía no se aplica correctamente)²¹.

20 ALEXU. *A Theory of Legal Argumentation*, cit., y PECZENIK. *The Basis of Legal Justification*, cit., formulan reglas de preferencia para el uso de los esquemas de argumentación.

21 Para una descripción de un modelo para analizar y evaluar los argumentos basados en la analogía o en el razonamiento a contrario, cfr. H. KLOOSTERHUIS. "Analysing Analogy Argumentation in judicial decisions", en VAN EEMEREN y GROOTENDORST (eds.). *Studies in Pragma-dialectics*; ID. "The Study of Analogy Argumentation in Law: Four Pragma-dialectical Starting Points", en VAN EEMEREN et ál. *Proceedings*, vol. IV, cit.; ID. "The Normative Reconstruction of Analogy Argumentation in Judicial Decisions: a Pragma-dialectical Perspective", en GABBAY y OHLBACH (eds.). *Proceedings of the International Conference on Formal and Applied Practical Reasoning*, cit.

KLOOSTERHUIS (1994, 1995, 1996) desarrolla un modelo para analizar y evaluar la argumentación analógica. Como se mostró en la sección anterior, para una reconstrucción racional de la argumentación jurídica el análisis debe proporcionar una revisión de todos los elementos relevantes para la evaluación. KLOOSTERHUIS desarrolla entonces un modelo y un procedimiento para el análisis de la argumentación analógica en el que se hacen explícitos todos los elementos relevantes. En primer lugar, el análisis determina el *contenido* exacto de la norma jurídica, estableciendo el campo legal en el que se debe clasificar y el tipo de *norma jurídica* a la que pertenece. En segundo lugar, se identifica la conexión condicional entre la descripción de los hechos jurídicos y la determinación de la consecuencia legal. Se establece si los hechos constituyen condiciones necesarias y/o suficientes para que se siga la consecuencia legal. En tercer lugar se determina qué componente de la norma jurídica está en juego en la aplicación analógica. Los resultados de las tres primeras etapas del análisis permiten determinar el resultado de la aplicación analógica en la cuarta etapa: la norma jurídica construida por el juez para resolver la pregunta legal. Y en la quinta etapa se identifican los argumentos explícitos y implícitos que se exponen para defender la aplicación analógica. La estructura de la argumentación sólo se puede analizar después de haber reconstruido todos los argumentos explícitos e implícitos que se expusieron para defender la aplicación analógica. Esto sucede en la sexta y última etapa, donde se debe examinar la relación entre los diferentes argumentos, y entre los argumentos y el punto de vista. El resultado de la reconstrucción es una revisión analítica que identifica la norma jurídica que el juez construyó y que está defendiendo, la norma jurídica existente que está aplicando analógicamente, la relación analógica que está suponiendo y los argumentos que justifican la aplicación analógica.

Esta revisión analítica constituye el punto de partida para la evaluación de la argumentación, en la que adquieren una posición central las dos normas sobre la sentencia que ya mencionamos: ¿era admisible que el juez usara la argumentación por analogía, y si lo era, la aplicó correctamente? KLOOSTERHUIS (1997) formula las siguientes normas para evaluar la argumentación por analogía:

1. ¿La argumentación por analogía es un esquema de argumentación adecuado?
 - a. ¿Es una cuestión de un vacío del sistema judicial? De ser así,
 - ¿Es una cuestión de un vacío normativo?
 - ¿Es una cuestión de un vacío axiológico?
 - b. ¿Es un vacío que se puede llenar mediante la argumentación por analogía?
 - ¿A qué campo judicial pertenece la norma jurídica analógica?
 - ¿A qué tipo de normas pertenece la norma jurídica analógica?
 - ¿Qué tipo de vínculo condicional se expresa mediante la norma jurídica analógica?
 - ¿A qué elemento normativo se aplica la norma jurídica analógica?
2. ¿La argumentación por analogía se aplicó correctamente?
 - a. ¿Es válida la norma jurídica existente que sirvió como punto de partida?
 - b. ¿Los hechos relevantes del caso particular son realmente similares a la descripción de los hechos jurídicos de la norma jurídica existente?
 - c. ¿No hay diferencias esenciales entre los puntos relevantes de este caso particular y la descripción de los hechos jurídicos de la norma jurídica existente?
 - d. ¿No sería aconsejable comparar este caso particular con la descripción de los hechos jurídicos de otras normas jurídicas?

Tomando estas normas como punto de partida, es posible llegar a un análisis sistemático y completo y a una evaluación de la argumentación por analogía en las decisiones judiciales. La reconstrucción es más sistemática que el análisis lógico de la argumentación por analogía debido a que existe una clara interdependencia entre las normas de valoración y el análisis, y la reconstrucción es más completa debido a que no sólo se ocupa de la validez formal y de la aceptabilidad de las premisas sino también de las normas que indican si la argumentación por analogía era necesaria en un comienzo y si se aplicó correctamente. En vez de reducir la argumentación por analogía a una argumentación simple, el enfoque pragma-dialéctico nos permite reconstruir la argumentación por analogía como una argumentación cuya estructura es compleja. Los elementos de esta estructura se pueden considerar como manifestaciones de las diferentes normas de juzgamiento.

FETERIS (1998a) y JANSEN (1996, 1997) desarrollan modelos y procedimientos similares para la reconstrucción racional de la argumentación consecuencialista y de la argumentación *a contrario*. Identifican las etapas que se requieren en el proceso de reconstrucción, y especifican los elementos de la revisión analítica que indican la norma jurídica que el juez ha construido y está defendiendo, la norma jurídica existente que está aplicando, la relación que se supone existe entre la nueva norma y la norma existente y los argumentos que justifican la aplicación. En cuanto a la evaluación, especifican los casos en los que los esquemas de argumentación están bien elegidos y aquellos en los que se aplican correctamente.

B. NORMAS PARA LA EVALUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DISCUSIÓN

En el procedimiento pragma-dialéctico para la evaluación de los aspectos procedimentales es necesario determinar si la discusión se ha conducido en concordancia con las reglas de la discusión racional. En la teoría pragma-dialéctica se formula un sistema de diez reglas básicas para la discusión racional. Estas reglas se aplican a las discusiones en las que los participantes se comportan como litigantes racionales y buscan una resolución racional de la disputa. Como vimos en una sección anterior de este capítulo, las reglas se refieren al derecho a exponer puntos de vista, a la obligación de defender un punto de vista que está en disputa, a la relevancia de las defensas y los ataques, al compromiso con los argumentos implícitos, al compromiso con los puntos de partida y con los métodos de evaluación comunes, y a las reglas para una defensa y un ataque exitosos del punto de vista.

Debido a los objetivos jurídicos específicos que también juegan un rol el procedimiento legal, tales como la eficiencia, la certidumbre jurídica, etc., en el procedimiento legal se requieren varias adiciones y aplicaciones específicas de las reglas pragma-dialécticas. FETERIS (1989) muestra cómo se aplican las reglas generales de la discusión racional en el proceso civil y penal holandés. Comenta las reglas pragma-dialécticas generales que no se aplican en el proceso legal, las reglas pragma-dialécticas que adoptan una forma específica en el contexto legal y las reglas adicionales que se requieren para resolver la disputa

de manera racional. Como ejemplo, compara las reglas pragma-dialécticas de la discusión crítica y las reglas del procedimiento legal. Intenta establecer de qué manera algunas reglas del procedimiento legal del derecho penal holandés garantizan que el resultado del proceso legal está de conformidad con los requisitos de la discusión racional²².

Es usual que se llegue a un proceso legal cuando las partes no pueden resolver el conflicto entre ellas. A menudo las partes no pueden llegar a una resolución porque no se pueden poner de acuerdo acerca de las reglas que orientan la discusión ni acerca de los puntos de partida que se pueden usar para evaluar la argumentación. Debido a que una o ambas partes no están dispuestas a comportarse de acuerdo con los requisitos de una actitud razonable en la discusión (una falla de las condiciones de segundo orden), es imposible la discusión racional acorde con reglas compartidas (una falla de las condiciones de primer orden).

Aunque las partes no puedan llegar a un acuerdo sobre las reglas de la discusión, hay que resolver el conflicto. Para garantizar la resolución de los conflictos de acuerdo con las normas generales de racionalidad, la ley establece un procedimiento para resolver los conflictos de demandas basado en el Código de Derecho Civil (imposición de condiciones de primer orden). En contraste con el código de comportamiento de los litigantes racionales, el "código de comportamiento" para el procedimiento civil establecido en el Código holandés de Procedimiento Civil no puede ser modificado por las partes ni por el juez. La uniformidad de las reglas promueve la imparcialidad de los procedimientos y garantiza que todos reciban un tratamiento igual y sepan qué esperar. Todo el que desee entablar una demanda y recurra a un proceso legal, sabe de antemano qué reglas se aplicarán. Los puntos de partida también se establecen de antemano.

En las disputas legales, es improbable que las partes estén de acuerdo desde el principio sobre las reglas y los puntos de partida compartidos, lo cual es uno de los requisitos para la discusión racional. Por consiguiente, el

22 Para una discusión más completa de este tema, cfr. FETERIS. "Conditions and rules for rules", cit.

sistema jurídico establece un sistema institucionalizado de reglas y puntos de partida que cumple la misma función, y de ese modo garantiza que las reglas se puedan utilizar para la resolución del conflicto legal. Sin importar cuán razonables intrínsecamente sean las partes de la disputa legal, cualquiera de ellas puede tratar de evadir una regla contraria a sus intereses. Esto impediría una resolución racional de la disputa si se dejara a las partes la decisión de cumplir o no una regla. Por consiguiente, la tarea del juez es decidir si las partes cumplen las reglas de procedimiento.

Las partes de un proceso legal no siempre buscan una resolución eficiente y racional de la disputa. A veces, una parte prolonga los procedimientos demorando su respuesta, lo que impide una resolución eficiente. Este comportamiento es contrario a la actitud razonable de segundo orden en la discusión, porque la actitud razonable implica que los participantes se esfuercen por encontrar una resolución eficiente y racional de las disputas. Para garantizar que los procedimientos satisfagan los requisitos de una discusión eficiente y racional, el Código Civil establece reglas de primer orden que especifican cuánto tiempo puede tardar la respuesta de una parte.

Cuando el juez de primera instancia toma una decisión, la parte que pierde el caso puede apelar. Puede volver a abrir la discusión cuando piensa que el juez de primera instancia cometió un error relacionado con cuestiones de derecho sustantivo o de derecho procedimental. Por supuesto, la discusión no siempre se puede reabrir. Para salvaguardar los derechos legales, existen normas jurídicas que especifican los límites de tiempo dentro de los que una parte debe apelar. De otro modo, la parte que gana el caso nunca estaría segura de sus derechos.

En una discusión racional, todo el que expone un punto de vista está obligado a defenderlo, si se le pide. Puesto que se supone que los participantes en una discusión racional actúan en forma razonable, están de acuerdo en la división de funciones en la defensa de los puntos de vista. En un proceso legal, a veces una parte no está dispuesta a asumir una carga de la prueba apropiada (lo que resultaría en un veredicto desfavorable) y trata de trasladar la carga (y, por tanto, el riesgo de la carga) a la otra parte. Si una parte no está dispuesta a respetar su obligación de defender su punto de vista, viola entonces uno de los requisitos de segundo orden de la actitud razonable en la discusión.

Para garantizar que se cumpla la división de funciones, la ley fija reglas de primer orden que especifican quién debe defender ciertas declaraciones. El Código Civil holandés establece explícita o implícitamente los hechos y las razones legales que debe aducir y demostrar el demandante, y los hechos y las razones legales que debe aducir y probar el demandado. Invocando un remedio legal, el demandante crea ciertas obligaciones con respecto a los hechos y las razones legales que deben ser aceptables para el juez. Cuando el demandado niega la demanda enunciando una razón legal, crea ciertas obligaciones con respecto a los hechos que constituyen ese fundamento legal. Por razones de imparcialidad, la tarea del juez es decidir acerca de la asignación de la carga de la prueba. El juez es el que decide cuáles son los hechos que debe demostrar el demandante y cuáles el demandado. De ese modo, las normas jurídicas para la división de funciones en la defensa de puntos de vista promueven la resolución de la disputa dentro del marco legal, aunque las partes no estén dispuestas a llegar a un acuerdo sobre estos asuntos antes de que empiece el proceso legal.

Como hemos visto, las partes de un proceso legal usualmente tienen intereses opuestos y, por sí mismos, no se comportan como litigantes razonables. Por consiguiente, la ley establece reglas que buscan asegurar que la discusión cumpla los requisitos de una discusión racional. Desde la perspectiva pragma-dialéctica, la ley establece reglas particulares adicionales para la discusión (condiciones de primer orden) que aseguran que los procedimientos se conduzcan de acuerdo con las normas de las discusiones racionales, aun en casos donde las partes no pueden o no están dispuestas a respetar las condiciones de una actitud razonable en la discusión (condiciones de segundo orden). Debido a que las partes no cumplen voluntariamente las reglas del procedimiento legal, la tarea del juez es velar para que cumplan las reglas. Desde una perspectiva pragma-dialéctica, su tarea es asegurar que la discusión se conduzca de acuerdo con reglas conducentes a una resolución racional de las disputas legales.

CONCLUSIÓN

La teoría pragma-dialéctica de VAN DEN EEMEREN y GROOTENDORST ofrece un instrumento teórico para el análisis y la evaluación de la argumentación

jurídica. El modelo es una herramienta heurística para encontrar los elementos relevantes para el proceso de resolución. También es una herramienta crítica para determinar si la discusión condujo a la resolución de la disputa y para identificar los factores que hacen una contribución negativa. El código de conducta para los litigantes racionales es una guía para establecer cómo se comportan los participantes en la discusión con respecto a las normas de la discusión racional.

En las secciones anteriores describimos cómo se realizan el análisis y la evaluación de la argumentación jurídica desde la perspectiva del modelo pragma-dialéctico. La ventaja de la perspectiva pragma-dialéctica es que ofrece un marco sistemático que permite justificar de manera sistemática las opciones que se eligen para el análisis y la evaluación. El modelo ofrece una herramienta teórica que ofrece un ángulo teórico para el análisis y la evaluación. En combinación con ideas de diversos campos teóricos —como la lingüística, la pragmática, la teoría del derecho y la filosofía del derecho— puede servir de base para la interpretación y la evaluación sistemáticas de los elementos del discurso legal que son relevantes para una valoración racional de la calidad de la argumentación desde la perspectiva de la discusión racional.

Mostramos que el proceso legal se puede considerar como una discusión crítica que busca resolver una disputa, y discutimos el papel de la argumentación en este proceso de resolución. En cuanto al análisis de la argumentación mostramos cómo se realiza la reconstrucción racional. Y en cuanto la evaluación mostramos cómo se realiza una evaluación adecuada de la argumentación jurídica.

El modelo para el análisis y la evaluación pragma-dialécticos se puede desarrollar aún más con base en los resultados actuales de la investigación pragma-dialéctica de la argumentación jurídica.

Para analizar adecuadamente los argumentos jurídicos, se requiere un modelo analítico que se pueda usar como herramienta *heurística* para la reconstrucción racional de la justificación de las decisiones y las interpretaciones legales. Este tipo de modelo presenta las opciones relevantes que se deben tener en cuenta cuando se reconstruyen los argumentos jurídicos. La forma básica de este modelo analítico puede ser el esquema que presentamos en la sección anterior para los casos simples en los que la justificación consta de

una descripción de los hechos y de la norma jurídica. Se podría elaborar un modelo básico para los diversos tipos de casos complejos en los que se requiere una interpretación de la estructura o del contenido de la norma jurídica. Para las diversas formas de argumentos jurídicos, como los argumentos analógicos, los argumentos *a contrario*, los argumentos en defensa de la interpretación gramatical y de la interpretación teleológica, es necesario especificar los argumentos que se requieren para una justificación exitosa.

Para evaluar la argumentación jurídica de manera adecuada, se requiere un modelo de evaluación que se puede usar como herramienta crítica para establecer si la argumentación es aceptable. El modelo debe especificar cómo se usan los puntos de partida y la normas de evaluación comunes. Para el uso de los puntos de partida comunes, se especificarían los enunciados que se pueden usar como argumento en la justificación legal de los diversos campos legales. Por ejemplo, se especificaría el papel de las normas jurídicas, de los principios legales, etc. Para el uso de la normas de evaluación, se especificarían los tipos de esquemas de argumentación jurídica, como el razonamiento por analogía, etc., que se pueden distinguir. Para los diversos sistemas jurídicos, se especificarían los esquemas de argumentación jurídica que se deben, se deberían y se pueden usar en la justificación de una decisión jurídica. Puesto que la correcta aplicación de un esquema de argumentación depende de que se puedan responder positivamente varias preguntas críticas, se deben formular las preguntas críticas relevantes para los diversos esquemas de argumentación.

Para una evaluación adecuada también se especificarían las reglas de discusión que se aplican en un caso concreto. Para los diversos tipos de discusiones legales (discusiones en el proceso legal, discusiones en la ciencia del derecho) se especificarían las normas jurídicas generales y específicas que son relevantes para conducir una discusión legal racional.