



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

***LA PERSPECTIVA PRAGMA-DIALÉCTICA EN LA ORIENTACIÓN DEL
ACTUAR RAZONABLE DEL JUZGADOR***

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
DOCTORA EN DERECHO

PRESENTA:
YVONNE GEORGINA TOVAR SILVA

TUTOR PRINCIPAL
Dr. Jorge Robles Vázquez. Facultad de Derecho. UNAM.

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR
Dr. Miguel Ángel Suárez Romero. Facultad de Derecho. UNAM
Dr. René González de la Vega. Facultad de Derecho. UNAM

Ciudad Universitaria, Cd. Mx., junio, 2017



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A Dios bondadoso, fuente de sabiduría, misericordia y consuelo. En agradecimiento por sus infinitas bendiciones que me prodiga en cada momento de mi vida. En enorme agradecimiento por su amor, protección, escucha, por permitirme concluir mis estudios y por bendecirme con mi hermosa familia, así como por las valiosas personas que ha puesto en mi camino. A Jesucristo, mi Salvador, por fortalecerme con su amor, sabiduría y valentía. Al Espíritu Santo por iluminarme y dirigir mi camino.

A mi querida mamá, Georgina M. Silva y mi querido papá, Gerardo R. Tovar, quienes siempre me han dado su cariño, protección, comprensión, acompañamiento, paciencia y apoyo. Maravillosas personas llenas de valores, alegría, amabilidad, fortaleza y ternura que demuestran con excelentes seres humanos. Es de gran admiración la inteligencia, el talento, la responsabilidad, el profesionalismo, la tenacidad y la dedicación que les caracteriza como excelentes abogados. Les agradezco enormemente el infundirme el interés por el Derecho. Mis más grandes ejemplos a seguir.

A mi hermanita Iveth, en enorme agradecimiento por su alegría, cariño, cuidados, sinceridad, ayuda, apoyo moral, valiosa compañía, ideales, palabras de ánimo, agradable conversación, atenta escucha y entusiasmo que siempre me comparte. Muchas gracias por mostrarme el lado amable, feliz y tierno de la vida.

A mi abuelita, Andrea Estrada por su gran corazón y valentía, así como el gran cariño, muestras de afecto, cuidado, protección, defensa y sabios consejos que me alientan a seguir adelante en el camino de la vida con fortaleza, alegría y entusiasmo. A mi tío Raúl Tovar, ejemplo de fortaleza, por su enorme paciencia, alegría, comprensión, generosidad, cuidado, amabilidad, sencillez, acompañamiento, motivación de mi superación profesional y académica, así como por darme un enfoque interesante de la vida. Muchas gracias por apoyarme para seguir adelante.

A mi tía Esther Tovar por inspirarme la disciplina y dedicación por el estudio, así como introducirme al extraordinario mundo de la Historia, Literatura, Música, Teatro, Fotografía y Pintura. Muchas gracias por tus valiosas enseñanzas y ejemplo.

A mi tía Luz Tovar, a mis primos Lucy Hernández, David Hernández y Uriel Santillán con quienes hemos compartido grandes alegrías y bellísimos momentos, que están grabados en mi corazón. Agradezco igualmente a mis familiares por su gran afecto.

*A la Universidad Nacional Autónoma de México,
por abrirme las puertas al conocimiento.*

*A la Facultad de Derecho y a la División de
Estudios de Posgrado por brindarme una
formación de alta calidad y excelencia
académica.*

Al Dr. Jorge Robles Vázquez, excelente catedrático y gran ser humano. Con enorme agradecimiento por el valioso apoyo, impulso académico, comprensión, confianza y paciencia brindada en mis estudios de Licenciatura, Maestría y Doctorado en Derecho. Muchas gracias por inspirarme el interés por la Filosofía del Derecho, explorar distintos horizontes teóricos del fenómeno jurídico, a partir de la teoría jurídica crítica norteamericana, así como por permitirme colaborar en la difusión del conocimiento jurídico. Ha sido un gran privilegio el contar con su valioso respaldo durante once años.

Al Dr. René González de la Vega, destacado jurista, a quien agradezco el honor de formar parte del Comité Tutor. Es un grato recuerdo el día en que aceptó ser mi tutor de tesis. Muchas gracias por las valiosas observaciones y asesoría, que en conjunto me permitieron conocer la perspectiva pragma-dialéctica, reforzar la confianza en la labor de investigación, comprender los alcances del Doctorado en Derecho, así como profundizar en el tema de la decisión judicial. Siempre era una destacada fuente de conocimiento el escuchar su retroalimentación a la tesis.

Al Dr. Miguel Ángel Suárez Romero, talentoso catedrático y distinguido investigador, comprometido con la sólida formación de juristas, así como con la seriedad y responsabilidad en la labor docente. Con especial agradecimiento por descubrir mi vocación académica y motivarme durante la Maestría y Doctorado en Derecho. Igualmente agradezco sus enseñanzas encaminadas a mantener la rigurosidad metodológica y continuar con el estudio de la Filosofía del Derecho y la Argumentación Jurídica. Ha sido interesante el aprendizaje a través de su trabajo escrito, conferencias y clases.

A la Dra. Guadalupe Angélica Carrera Dorantes, en reconocimiento por su excelente labor como catedrática, así como por el apoyo incondicional, palabras de ánimo y buenos deseos para seguir adelante con todos mis proyectos. En grato recuerdo de las clases de Maestría que me permitieron comprender la nobleza de la labor docente y con agradecimiento por los comentarios externados en el Examen de Maestría en Derecho, que me han permitido explorar un nuevo enfoque en el tema de la decisión judicial.

A la Dra. Luisa Angélica Puig Llano, distinguida catedrática e investigadora del Instituto de Investigaciones Filológicas. En agradecimiento por el gran honor concedido para profundizar en torno a la Teoría de la Argumentación y la perspectiva pragmatológica, así como por el valioso apoyo, asesoría y orientación brindada para corregir mi redacción y realizar precisiones en el marco teórico. Asimismo, le agradezco el interés en el seguimiento de mis estudios de doctorado y motivarme a seguir adelante.

A mis profesores, en particular a la Dra. María Antonieta Magallón, al Dr. Godolfino Juárez, al Mtro. Miguel Eduardo Morales Lizárraga y al Mtro. Lawrence Flores, en reconocimiento por su notable labor docente, difusión del conocimiento jurídico y destacado compromiso con la Universidad.

Al Lic. Jorge Mario Magallón Gómez, en reconocimiento por su brillante trayectoria laboral, por apoyarme en mis inicios como estudiante de la Licenciatura en Derecho y ser un ejemplo del carácter, valores, conocimientos, personalidad y firmeza del abogado.

A la Act. A. Lorena Rosas, excelente profesional, por compartirme sus invaluable conocimientos de su trayectoria profesional y darme la oportunidad de incorporarme al área de apoyo legal, cuyos integrantes ha sido grato conocer en esta etapa. Muchas gracias por su invaluable respaldo y finas atenciones.

A la Lic. María Teresa Cantú y a la Dra. Luz María Tamés, distinguidas abogadas, en agradecimiento por compartirme sus ideales, gentileza, consideraciones y apoyo para seguir adelante. Asimismo, agradezco a la señora Ángeles Amante por sus amables atenciones.

A la Lic. Elvia Fuentes y al Lic. Alejandro Toral, en reconocimiento por su entusiasmo como abogados y en agradecimiento por su amistad, amabilidad, empatía y apoyo incondicional.

Al Mtro. Jorge A. Ulloa y Alma Delia Peralta, por su tiempo y permitirme recordar que “lo esencial es invisible para los ojos”.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

LA PERSPECTIVA PRAGMA-DIALÉCTICA EN EL ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LA DISCUSIÓN CRÍTICA

I. PANORAMA GENERAL	13
II. LA ESCUELA DE ÁMSTERDAM EN EL DESARROLLO DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN	13
1. <i>Representantes de la Escuela de Ámsterdam</i>	13
2. <i>Alcances de la pragmática y la dialéctica en la teoría de la argumentación</i> ..	15
A. Los actos de habla en la dimensión pragmática	15
B. Intercambio reglado de opiniones en la dimensión dialéctica	18
3. <i>Enfoque normativo y descriptivo de la pragma-dialéctica</i>	20
III. LA ARGUMENTACIÓN COMO UNA ACTIVIDAD ORIENTADA AL CONVENCIMIENTO	22
1. <i>Nociones de argumentación</i>	22
A. El carácter verbal, social y racional de la argumentación	22
B. La argumentación como un acto de habla reglamentado	26
2. <i>Principios metateóricos del modelo de análisis pragma-dialéctico</i>	27
IV. EL MODELO IDEAL DE UNA DISCUSIÓN CRÍTICA	29
1. <i>La discusión crítica como un intercambio de perspectivas</i>	29
2. <i>Aceptabilidad y acuerdos razonables en las discusiones argumentativas</i>	32
3. <i>Etapas de desarrollo de la discusión crítica</i>	34
V. LAS REGLAS DE UNA DISCUSIÓN CRÍTICA	35
1. <i>La resolución de la disputa a partir de la reglamentación de la discusión</i>	35
2. <i>Reglamentación de los actos de habla del discurso crítico</i>	37
A. Externalización de la opinión en la etapa de la confrontación.....	39
B. Fijación del punto de vista inicial en la etapa de apertura.....	40
C. Defensa y ataque exitoso en la etapa de la argumentación	41
D. Posibilidad de retractarse en la etapa de clausura	44
3. <i>Violaciones a la etapa de discusión crítica</i>	44
VI. EL CÓDIGO DE CONDUCTA PARA DISCUTIDORES RAZONABLES	48
1. <i>Comportamiento exigido en relación con la libertad y los puntos de vista en una discusión crítica</i>	48
A. Libertad de los participantes en el discurso.....	48
B. Precisión en los puntos de partida de la discusión crítica	49
2. <i>Violaciones al código de conducta para discutidores razonables</i>	51

VII.	CONSIDERACIONES FINALES DEL CAPÍTULO PRIMERO	54
	ESQUEMA DEL CAPÍTULO PRIMERO.....	55

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ENFOQUE PRAGMA-DIALÉCTICO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I.	PANORAMA GENERAL	58
II.	EL PRESUPUESTO RACIONAL DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	58
	1. Generalidades de las teorías procedimentales	58
	2. La razón práctica subyacente en la argumentación jurídica.....	60
	3. La argumentación jurídica como caso especial del discurso racional práctico ..	63
	4. Notas de la Teoría de la Argumentación Jurídica.....	65
III.	LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO UNA DISCUSIÓN CRÍTICA, ESPECÍFICA E INSTITUCIONALIZADA	66
	1. La noción de argumentación jurídica desde la perspectiva pragma-dialéctica ..	66
	2. Las partes y el juez como discutidores razonables	67
	3. Componentes teóricos de la argumentación jurídica.....	70
IV.	LA PRAGMA-DIALÉCTICA EN EL ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	74
	1. El modelo de discusión crítica en la argumentación jurídica	74
	2. Análisis de los argumentos	75
	3. Evaluación de las controversias jurídicas.....	78
	A. Normas para la evaluación del contenido	78
	B. Normas para la evaluación del procedimiento de discusión.....	80
V.	EL CARÁCTER PROCEDIMENTAL DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA PERSPECTIVA PRAGMA-DIALÉCTICA.....	81
	1. El proceso jurídico como una discusión crítica.....	81
	2. Racionalidad y razonabilidad en el discurso jurídico	82
	A. La racionalidad en el discurso	82
	B. La razonabilidad el discurso	85
	3. Etapas de la discusión crítica.....	87
	4. Reglas de la pragma-dialéctica	88
	A. Reglas de la discusión crítica	88
	B. Código de conducta para discutidores razonables	94
VI.	LA DIMENSIÓN DIALÓGICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	97
	1. El cumplimiento de estándares dialógicos en la argumentación jurídica	97
	2. Notas en torno a la respuesta correcta	98
VII.	CONSIDERACIONES FINALES DEL CAPÍTULO SEGUNDO	99
	ESQUEMA DEL CAPÍTULO SEGUNDO	101

CAPÍTULO TERCERO

EL JUZGADOR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LA CRÍTICA A LA NEUTRALIDAD JUDICIAL

I.	PANORAMA GENERAL	104
II.	EL REDIMENSIONAMIENTO DEL ACTUAR DEL JUZGADOR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	105
	1. <i>La Constitución en el establecimiento de límites formales y materiales</i>	105
	2. <i>El juez en la protección de la Constitución</i>	111
	3. <i>La justificación en la producción normativa.....</i>	113
III.	EXPECTATIVAS DEL JUZGADOR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	117
	1. <i>La razonabilidad y racionalidad del juzgador</i>	117
	2. <i>Imparcialidad e independencia del juzgador.....</i>	121
IV.	LA CRÍTICA A LA NEUTRALIDAD JUDICIAL	124
	1. <i>La crítica jurídica en el Realismo Jurídico Norteamericano y los Estudios Críticos del Derecho</i>	124
	A. <i>El surgimiento del Realismo Jurídico Norteamericano</i>	124
	B. <i>La postura de los Estudios Críticos del Derecho.....</i>	125
	C. <i>La concepción del Derecho como parte de la totalidad social</i>	134
	D. <i>La vinculación Derecho-Política.....</i>	141
	2. <i>Aproximación al carácter humano del juzgador.....</i>	145
	3. <i>La ideología en la crítica a la neutralidad judicial</i>	150
	A. <i>La noción de interés en la norma jurídica.....</i>	151
	B. <i>Concepción de la ideología.....</i>	153
	4. <i>El comportamiento estratégico del juzgador y la búsqueda de la sentencia deseada.....</i>	162
	A. <i>El comportamiento estratégico del juzgador</i>	162
	B. <i>La búsqueda de la sentencia deseada.....</i>	163
	C. <i>La interrelación entre el polo objetivo y subjetivo en la decisión judicial... </i>	169
	D. <i>El desarrollo de las estrategias argumentativas.....</i>	173
V.	FACTORES QUE INCIDEN EN EL COMPORTAMIENTO ESTRATÉGICO DEL JUZGADOR	175
	1. <i>El comportamiento estratégico ante la discrecionalidad.....</i>	175
	2. <i>La presencia ideológica en normas y principios jurídicos.....</i>	179
	A. <i>Acuerdos de intereses en el contenido normativo</i>	179
	B. <i>Valoración a partir de los principios jurídicos</i>	182
	C. <i>Argumentos de políticas públicas en la decisión judicial.....</i>	184
	3. <i>Diversidad de métodos de interpretación y aplicación del Derecho.....</i>	185

VI.	LA APROXIMACIÓN DE LA IDEOLOGÍA EN EL ANÁLISIS DE TEXTOS JURÍDICOS Y LA EXPLICITACIÓN DEL PROYECTO IDEOLÓGICO	187
	1. <i>Hermenéutica de la sospecha</i>	188
	2. <i>Explicitación de la ideología</i>	189
VII.	CONSIDERACIONES FINALES DEL CAPÍTULO TERCERO	191
	ESQUEMA DEL CAPÍTULO TERCERO.....	193

CAPÍTULO CUARTO

LA RAZONABILIDAD DEL JUZGADOR A PARTIR DE LAS REGLAS DE LA DISCUSIÓN CRÍTICA

I.	PANORAMA GENERAL	196
II.	EL DISCURSO JURÍDICO COMO RESTRICCIÓN EN EL ACTUAR DEL JUZGADOR	197
	1. <i>Consideraciones en torno a la búsqueda de la sentencia deseada</i>	197
	2. <i>La justificación como procedimiento discursivo</i>	199
	3. <i>Limitaciones en las reglas del discurso</i>	201
III.	LA DISCUSIÓN IMPLÍCITA ENTRE EL JUZGADOR Y LAS PARTES	203
	1. <i>Exposición de la discusión implícita</i>	203
	2. <i>Breve referencia a la relación procesal entre el juzgador y las partes</i>	205
	A. <i>Noción de proceso</i>	205
	B. <i>Las partes en el proceso</i>	209
	C. <i>Contenido de la relación procesal</i>	211
IV.	EL CÓDIGO DE CONDUCTA PARA DISCUTIDORES RAZONABLES COMO RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DEL JUZGADOR.....	214
	1. <i>Generalidades</i>	214
	2. <i>Libertad e igualdad de los participantes en la etapa de confrontación</i>	219
	3. <i>La etapa de apertura</i>	221
	A. <i>Regla de la carga de la prueba</i>	221
	B. <i>Regla del punto de vista</i>	222
	4. <i>La etapa de la argumentación</i>	226
	A. <i>Regla de la relevancia</i>	227
	B. <i>Regla de la premisa implícita</i>	229
	C. <i>Regla del punto de partida</i>	230
	D. <i>Regla de validez</i>	232
	E. <i>Regla del esquema argumentativo</i>	233
	5. <i>Regla de la conclusión</i>	234
	6. <i>Regla general del uso del lenguaje</i>	236

V.	VIOLACIONES AL CÓDIGO DE CONDUCTA PARA DISCUTIDORES RAZONABLES	239
	1. <i>Alcances de las violaciones a las reglas del procedimiento</i>	239
	2. <i>Violaciones a la libertad de los participantes en el discurso (Regla 1)</i>	240
	3. <i>Violaciones a las reglas en la argumentación</i>	242
	A. <i>Violaciones a la carga de la prueba (Regla 3)</i>	243
	B. <i>Violaciones a la regla de la relevancia (Regla 4)</i>	245
	C. <i>Violaciones a la regla de la premisa implícita (Regla 5).....</i>	248
	D. <i>Violaciones a la regla del punto de partida (Regla 6)</i>	249
	E. <i>Violaciones a la regla de validez (Regla 7).....</i>	250
	F. <i>Violaciones a la regla del esquema argumentativo (Regla 8)</i>	250
	4. <i>Violaciones en la etapa de clausura (Regla 9)</i>	251
	5. <i>Violaciones al uso del lenguaje (Regla 10)</i>	252
VI.	LA DISCUSIÓN CRÍTICA EN EL REFORZAMIENTO DEL ACTUAR RAZONABLE DEL JUZGADOR	254
	1. <i>Hacia una orientación razonable del juzgador.....</i>	254
	2. <i>Elementos de mejora en la argumentación jurídica</i>	257
	A. <i>Fijación de la materia de la litis</i>	258
	B. <i>Esquemas argumentativos.....</i>	259
	3. <i>Aportaciones de la perspectiva pragma-dialéctica en la consideración de las partes en juicio.....</i>	264
	A. <i>La dialéctica en la relación entre las partes y el juzgador.....</i>	264
	B. <i>Objetividad en la consideración de las pruebas y los argumentos.....</i>	272
VII.	CONSIDERACIONES FINALES DEL CAPÍTULO CUARTO	274
	ESQUEMA DEL CAPÍTULO CUARTO	276

CAPÍTULO QUINTO

LA RETÓRICA, LA RACIONALIDAD LEGISLATIVA Y EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN DISCURSIVA EN LOS HORIZONTES DE LA PERSPECTIVA-PRAGMA-DIALÉCTICA

I.	PANORAMA GENERAL	286
II.	HACIA UN EQUILIBRIO EN LA RAZONABILIDAD Y LA EFICIENCIA	287
	1. <i>La retórica en la perspectiva de los Critical Legal Studies</i>	287
	2. <i>El juez ante las maniobras estratégicas en el discurso argumentativo</i>	289
III.	LEGISLACIÓN Y PRINCIPIOS JURÍDICOS COMO PUNTOS DE VISTA INICIALES DE LA DISCUSIÓN CRÍTICA.....	292
	1. <i>La legislación en el discurso jurídico.....</i>	292

A. La legislación como punto de partida de una discusión crítica.....	293
B. Notas en torno a la legislación en materia procesal.....	295
C. Colaboración entre el juzgador y el legislador	296
2. <i>El latente problema de los principios</i>	298
IV. COLABORACIÓN DE LOS PARTICIPANTES EN EL DISCURSO CRÍTICO.....	300
1. <i>Hacia una reconsideración del tema del poder en el discurso crítico</i>	300
2. <i>Colaboración de los participantes en el discurso</i>	302
V. CONSIDERACIONES FINALES DEL CAPÍTULO QUINTO	305
ESQUEMA DEL CAPÍTULO QUINTO	307
 CONCLUSIONES	 308
 ANEXOS	 313
ANEXO NÚMERO UNO. REGLAS DE UNA DISCUSIÓN CRÍTICA	314
ANEXO NÚMERO DOS. CÓDIGO DE CONDUCTA PARA DISCUTIDORES RAZONABLES.....	317
ANEXO NÚMERO TRES. REGLAS DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL...318	
 FUENTES DE CONSULTA	 321

“Cuando renuncies a oprimir a los demás y destierres de ti el gesto amenazador y la palabra ofensiva; cuando compartas tu pan con el hambriento y sacies la necesidad del humillado, brillará tu luz en las tinieblas y tu oscuridad será como el mediodía.”

Isaías 58, 9-10

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

El Estado Constitucional de Derecho supone una revaloración del actuar del juzgador, quien asume un papel significativo en la salvaguarda de la Constitución, la protección de los derechos fundamentales y limitación del actuar de los otros poderes públicos cuando se estime que transgreden los valores constitucionales. En el desarrollo de sus funciones, el orden jurídico y la doctrina imponen como exigencias que el juzgador se conduzca de manera razonable, imparcial y ajustado a un procedimiento racional para asegurar que la resolución de conflictos se realice con apego a Derecho, sin presión o intereses extraños a las partes en controversia.

Ciertamente, las normas, principios y razonamiento jurídico restringen la actividad del juzgador para evitar que resuelva de manera arbitraria, sin embargo, se presenta la inquietud referente a indagar si en la sentencia subyace la intención del juez de concretar su sentido de la justicia o un proyecto ideológico. Dicha inquietud, conforma la temática de la crítica a la neutralidad judicial que abordaron los representantes del Realismo Jurídico Norteamericano y de los Estudios Críticos del Derecho. En este contexto, Duncan Kennedy expone el marco de libertad y restricción a que se encuentra sujeto el juzgador, en donde la libertad engloba ese sentido de justicia o ideologías que el juez busca privilegiar, que en todo caso se verá obstaculizada o restringida por las fuentes del Derecho y razonamiento jurídico que impedirán que el juzgador llegue a la sentencia deseada.

El esquema anterior ofrece diversas aristas para contextualizar los alcances de la intención de resolver conforme a un proyecto ideológico o al sentido de la justicia del juzgador, que incluirían indagar las razones por las cuales el juzgador se ha inclinado por seguir determinada ideología, los factores (jurídicos y extrajurídicos) que favorecieron un determinado resultado, identificar el tipo de ideología privilegiada e incluso, negar la posibilidad de que el juez pretenda imponer una ideología en su sentencia.

Uno de los problemas que se advierten de la posibilidad de que el juez pretenda concretar su sentido de la justicia en una sentencia, se vincula con la

posible desconfianza que se puede generar en la labor jurisdiccional, ya que se presumiría que el juzgador decide de manera unilateral, sin considerar lo actuado y externado por las partes en juicio. Por ello, más que negar la posibilidad de que se verifique tal comportamiento del juzgador en la práctica jurídica o incluso inhibir o prohibir que el juzgador se adscriba a determinada ideología, se estima conveniente tomar como referencia el problema de la neutralidad judicial y buscar restricciones adicionales para el juzgador que le impidan llegar a la sentencia deseada.

Lo anterior, exhorta a buscar dentro de la teoría de la argumentación jurídica algún constructo que permita exponer restricciones adicionales al actuar del juzgador, las repercusiones del alejamiento de las exigencias de racionalidad y razonabilidad, así como la posibilidad de identificar elementos que permitan orientar el actuar del juez. Es aquí en donde se ubica la perspectiva pragma-dialéctica de la teoría de la argumentación, fundada por Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, pertenecientes a la Escuela de Ámsterdam, quienes desarrollaron un modelo para analizar y evaluar las discusiones críticas, y en donde la argumentación jurídica representa una discusión crítica, específica e institucionalizada.

Como parte de la evaluación, la perspectiva en comento propone una serie de reglas destinadas a poner a prueba los puntos de vista esgrimidos por quienes intervienen en una discusión, mediante una discusión crítica sistemática acerca de si son sostenibles o no tales puntos de vista. Junto a dichas reglas, la pragma-dialéctica postula el llamado código de conducta para discutidores razonables, el cual apunta a garantizar la libertad de los participantes en discusión, la defensa de un punto de vista mediante la debida argumentación, la adecuada conclusión de la discusión, así como el correcto uso del lenguaje en una discusión. Se estima que dichas reglas pueden ser significativas para orientar el actuar razonable del juzgador.

La pregunta sobre la cual se centra la presente investigación es si la perspectiva pragma-dialéctica puede contribuir a orientar el actuar del juzgador para proveer de mejor sentido sus sentencias. Para responder a dicha pregunta es preciso formular los siguientes cuestionamientos: ¿Cuáles son las aportaciones de la pragma-dialéctica en el análisis y evaluación de la argumentación jurídica?; ¿Cuál

es la problemática subyacente en la intención del juzgador de decidir conforme a su sentido de la justicia?; ¿Cómo restringe la pragma-dialéctica la intención del juzgador de decidir conforme a su sentido de la justicia?; ¿Cuáles son los alcances de la transgresión de las reglas de la discusión crítica de la pragma-dialéctica?; ¿De qué manera la pragma-dialéctica puede mejorar la confianza en la labor del juzgador?; ¿Qué elementos adicionales se requieren considerar en el estudio de la pragma-dialéctica para orientar el actuar razonable del juzgador?

La delimitación del tema-problema se ha centrado en el empleo de la perspectiva pragma-dialéctica de la argumentación de Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst. Dicho referente teórico permitirá identificar los elementos normativos para orientar el actuar del juzgador, así como las herramientas de análisis y evaluación de la argumentación que permitan identificar si una determinada controversia se ha resuelto adecuadamente y si los participantes en el discurso se han conducido razonablemente.

El participante del discurso sobre el cual se centrará la atención es el juez, particularmente ante la posibilidad de que busque concretar su sentido de la justicia en la decisión judicial. En el estudio de dicho tema, se recurrirá a los postulados de Duncan Kennedy, enmarcados en el cuestionamiento de la neutralidad judicial bajo la corriente de los Estudios Críticos del Derecho. La posibilidad de la incidencia de factores extrajurídicos que arbitrariamente guíen la decisión del juzgador puede generar cierta desconfianza en el actuar del juzgador. Lo anterior representa una motivación para identificar constructos y estructuras argumentativas para analizar y evaluar el discurso crítico y la razonabilidad de los participantes en el discurso. En este contexto, la referencia al Realismo Jurídico Norteamericano y a los Estudios Críticos del Derecho es con la finalidad de identificar los problemas subyacentes en la práctica jurídica cotidiana.

El objetivo principal de la presente investigación es explorar la manera en que la perspectiva pragma-dialéctica puede coadyuvar en la orientación del actuar razonable del juzgador.

Como objetivos particulares se plantea la descripción de la perspectiva pragma-dialéctica en el análisis y evaluación del discurso crítico; identificar las

aportaciones de la pragma-dialéctica en el marco de la teoría de la argumentación jurídica; redimensionar el papel activo que tiene el juzgador tanto institucionalmente a partir de las exigencias del Estado Constitucional de Derecho, así como para intentar llegar a una sentencia a partir de su propia ideología; aplicar los constructos teóricos de la pragma-dialéctica, concretamente el código de conducta para discutidores razonables, para identificar las posibles repercusiones que conlleva que el juzgador busque concretar su sentido de la justicia en la decisión judicial; identificar la manera en que el código de conducta para discutidores razonables a fin de restringir la actividad del juzgador para llegar a la sentencia deseada, así como explorar las reglas del discurso crítico que requieran de una ulterior reflexión para reforzar el actuar razonable del juzgador.

La hipótesis conductora de la presente investigación es que la noción de la interacción reglada de los participantes en una discusión contribuye a orientar el actuar razonable del juzgador.

En la elaboración de la hipótesis, la variable independiente se encuentra representada por la noción de la interacción reglada de los participantes en una discusión, que genéricamente invita a considerar la importancia de la argumentación jurídica como actividad social y la pertinencia de ajustarse a reglas discursivas, a fin de encaminar la razonabilidad de los sujetos que desean resolver una diferencia de opinión por medio del discurso. La variable dependiente es la razonabilidad del juzgador, la cual se encuentra en función del acatamiento de las reglas de discusión crítica. Aunque se reconoce que existen otros factores que inciden en la razonabilidad, se estima que las reglas de discusión crítica de la pragma-dialéctica pueden ser un instrumento significativo para reforzar el actuar razonable del juzgador, al proveer de lineamientos a seguir en cada una de las etapas en que se desenvuelve el discurso. Los indicadores de la hipótesis son la confianza de los gobernados en la labor jurisdiccional; el respeto a las partes en juicio y la presencia ideológica en la decisión judicial.

La metodología a emplear para la comprobación de la hipótesis es la Teoría de la Argumentación pragma-dialéctica, bajo la cual se pretende resaltar la importancia de la interacción sistemática de los participantes en el discurso para

resolver una controversia. Asimismo, el empleo de dicha perspectiva reflejará lo significativo que resulta contar con técnicas e instrumentos adecuados de análisis y evaluación de la argumentación jurídica. Con lo anterior, se pretende revalorar el estudio de la teoría del discurso para guiar la resolución de una controversia, así como proporcionar elementos procedimentales y dialécticos que pudieran incorporarse en el orden jurídico y en la práctica jurídica cotidiana.

Los métodos generales a emplear son el deductivo, inductivo, sintético y analítico bajo los cuales se exploran las notas distintivas de la perspectiva pragma-dialéctica, la problemática de la crítica a la neutralidad judicial, así como la conveniencia del empleo de las reglas de discusión crítica para orientar el actuar razonable del juzgador.

El tipo de investigación a realizar es explorativa, descriptiva y propositiva. La exploración y descripción de la investigación se concreta en exponer las características y aportaciones de la pragma-dialéctica en el análisis y evaluación de la argumentación en general, y de la argumentación jurídica en particular; la revaloración del juzgador en el Estado Constitucional de Derecho, así como la exposición de la problemática de la neutralidad judicial adelantada por el Realismo Jurídico Norteamericano y desarrollada por los Estudios Críticos del Derecho.

La parte propositiva se ubica en el empleo del código de conducta para discutidores razonables, en vinculación con las reglas del procedimiento de discusión crítica, para determinar las restricciones aplicables al juzgador que desea resolver conforme a su sentido de la justicia, los alcances de dicha violación, así como la identificación de la manera en que las reglas pragma-dialécticas pueden proporcionar criterios para orientar el actuar razonable del juzgador. A su vez, la parte propositiva de la investigación apunta de manera ejemplificativa a tres temas a desarrollar, a saber: la retórica, la importancia de la ley en la función jurisdiccional y la colaboración de los participantes en una discusión, que exhortan a continuar con el estudio de la perspectiva pragma-dialéctica en el Derecho.

En cuanto a la selección de teorías, se emplea la perspectiva pragma-dialéctica para identificar sus aportaciones en el análisis y evaluación de la argumentación jurídica, así como la manera en que sus reglas se encaminan a

procurar que los participantes en juicio se conduzcan razonablemente para la óptima resolución de una controversia. Dichas reglas, por un lado restringen la posibilidad de que el juez resuelva únicamente conforme a su sentido de justicia y por el otro, aportan criterios para orientar el actuar razonable del juzgador.

Otros postulados teóricos a emplear son el Realismo Jurídico Norteamericano y los Estudios Críticos del Derecho, que permiten identificar los problemas subyacentes en la crítica a la neutralidad judicial. A partir de esa problemática se estima conveniente explorar los elementos del discurso crítico que restringen el actuar del juzgador, determinar los alcances de las transgresiones a dichas restricciones y explorar la manera bajo la cual debe proceder el juzgador para proveer de mejor sentido sus sentencias.

La referencia a ambas posturas teóricas pretende ofrecer nuevos enfoques en torno a una determinada problemática, conceptos, técnicas y herramientas que ayuden al jurista a comprender, analizar, evaluar y solucionar un problema jurídico.

Los conceptos de la pragma-dialéctica a emplear son la noción de la argumentación, discusión crítica, etapas de una discusión crítica, reglas de una discusión crítica, el código de conducta para discutidores razonables y las falacias, entendidas como la violación a las reglas de la discusión crítica. Igualmente, de la crítica jurídica interna se retomarán los conceptos de la crítica a la neutralidad judicial, ideología, comportamiento estratégico, libertad y restricción judicial.

Las fuentes empleadas para el desarrollo de la presente investigación son de carácter documental. Esencialmente se referirán a las obras de los fundadores y seguidores de la pragma-dialéctica, del Realismo Jurídico Norteamericano y de los Estudios Críticos del Derecho.

El desarrollo de la presente investigación se realiza en cinco capítulos, que a continuación se describen:

Los Capítulos Primero y Segundo, corresponden a la descripción de la perspectiva pragma-dialéctica, sus antecedentes, sus postulados, así como sus herramientas analíticas y evaluativas del discurso crítico en lo general y de la argumentación jurídica en lo particular.

Concretamente, el Capítulo Primero expone el surgimiento de la pragma-dialéctica en la llamada Escuela de Ámsterdam, bajo el pensamiento fundador de Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, así como los presupuestos pragmáticos y dialécticos que subyacen en el modelo de discusión crítica. Del mismo modo, se explora la noción de la argumentación, los principios metateóricos del modelo de análisis pragma-dialéctico y el modelo de discusión crítica que permitirán identificar las notas distintivas de dicha perspectiva. Otro tema que se aborda es la exposición de las reglas de discusión crítica, que incluyen la reglamentación de los actos de habla de un discurso crítico y el código de conducta para discutidores razonables encaminados a resolver racionalmente una discusión, así como los alcances de la posible infracción a alguna de las reglas del discurso.

El Capítulo Segundo expone el desarrollo de la pragma-dialéctica enfocada al análisis y a la evaluación de la argumentación jurídica. En dicho tema, se describirán las notas características de la Teoría de la Argumentación Jurídica, con la finalidad de extraer aquellas aportaciones de la pragma-dialéctica para estudiar la argumentación jurídica. Dentro de dichas aportaciones se encuentra la manera en que el comportamiento de las partes y del juez representa un esfuerzo por resolver una diferencia de opinión, los componentes teóricos de la argumentación jurídica, así como las particularidades del carácter dialéctico y procedimental de la argumentación jurídica. Del mismo modo, se identificarán las herramientas de análisis y evaluación de la argumentación jurídica de la pragma-dialéctica, entre las que se encuentra el código de conducta para discutidores razonables, el cual puede ser de utilidad para identificar aquellos elementos del discurso jurídico que contribuyen a resolver una controversia de manera racional y orientar el actuar razonable del juzgador.

El Capítulo Tercero tiene por objeto exponer primeramente la revaloración del juzgador en el Estado Constitucional de Derecho y los presupuestos de racionalidad y razonabilidad exigidos al juzgador para sustentar debidamente sus sentencias. En una segunda parte, se abordará la crítica interna del Derecho sustentada por los Realistas Jurídicos Norteamericanos y los Estudios Críticos del Derecho. Dicha crítica pretende mostrar las inconsistencias de la racionalidad

jurídica, el sentido político de la práctica jurídica cotidiana y la manera en que dichos factores pueden obstaculizar el logro de determinados valores como la tolerancia, igualdad o libertad. El punto a resaltar dentro de esta temática es la crítica a la neutralidad judicial, que evoca al postulado de que el juzgador busca llegar a una sentencia deseada a partir de su sentido de justicia. Lo anterior, permite sensibilizar al jurista de los aspectos conflictivos de la sociedad que permean en el Derecho, la participación activa del juzgador en la estabilidad y modificación del Derecho, los alcances que los conflictos ideológicos tienen en la resolución de los litigios y en la producción normativa, así como explorar las propuestas realizadas hasta el momento para identificar y explicitar la ideología en las sentencias. Particular atención reviste el esquema de Duncan Kennedy en torno a la esfera de libertad y restricción de la decisión judicial, que evoca a considerar que si bien el juzgador puede buscar concretar su sentido de la justicia en una sentencia, dicha libertad estará restringida por las normas, los principios y el razonamiento jurídico.

El esquema de Kennedy es de utilidad para incorporar una sección propositiva contenida en el Capítulo Cuarto, en el cual se explora la manera en que el código de conducta para discutidores razonables, en vinculación con las reglas del procedimiento de discusión crítica, pueden restringir la posibilidad de que el juzgador busque llegar a la sentencia deseada a partir de un proyecto ideológico. A partir de dicha evaluación se pretende identificar aquellos componentes discursivos más vulnerables de transgredirse, los alcances de dicha transgresión y la manera en que es posible orientar el actuar razonable del juzgador a partir de las reglas de discusión crítica de la pragma-dialéctica, a efecto de generar confianza en la labor jurisdiccional.

Finalmente, en el Capítulo Quinto se explorará la manera en que la retórica, la legislación y el principio de colaboración discursiva pueden ser significativos para complementar las reglas contenidas en el código de conducta para discutidores razonables de la pragma-dialéctica. Con dicha exposición se busca motivar ulteriores investigaciones que continúen con el estudio de la pragma-dialéctica para mejorar la práctica argumentativa en el Derecho, identificar aquellos aspectos que

obstaculicen o limiten la racionalidad del discurso y continuar con la búsqueda de elementos para reforzar la razonabilidad del juez.

Como Anexos a la presente investigación, se ha incluido la transcripción íntegra de las quince reglas de una discusión crítica, las diez reglas del código de conducta para discutidores razonables y las reglas del discurso práctico general que postula Robert Alexy, que en conjunto buscan proporcionar una referencia del tipo de reglas que desde la teoría del discurso buscan encauzar el desarrollo de un discurso y el actuar de sus participantes.

Bajo el esquema anterior, se pretende continuar con los esfuerzos tendientes a identificar elementos teóricos que permitan mejorar la comprensión y desarrollo de la práctica jurídica cotidiana e indagar la manera en que debe proceder el juzgador para proveer de mejor sentido sus sentencias, para lo cual la perspectiva pragma-dialéctica ofrece un interesante referente para incorporar estructuras argumentativas, tendientes a sustentar la decisión judicial, con el correspondiente respeto a las normas y principios del Estado Constitucional de Derecho, así como a las partes que intervienen en un juicio.

CAPÍTULO PRIMERO

LA PERSPECTIVA PRAGMA-DIALÉCTICA EN EL ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LA DISCUSIÓN CRÍTICA

“El emperador Yao dijo al maestro Shun: «Desde que ocupo mi trono he deseado aumentar mi poder destruyendo a los reinos de Tsung y Hsüao ¿qué piensas?» Shun respondió: «¿Por qué no piensas en ser virtuoso? Hace tiempo aparecieron diez soles juntos y todas las cosas quedaron iluminadas a la vez, pero el poder de la virtud es superior a todos esos soles...»”

Chuang Chou¹

¹ *Largueza del Cuento Corto Chino*, trad. de José Vicente Anaya, Oaxaca, Editorial Almadía, 2010, p. 65.

CAPÍTULO PRIMERO

LA PERSPECTIVA PRAGMA-DIALÉCTICA EN EL ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LA DISCUSIÓN CRÍTICA

I. PANORAMA GENERAL

El objetivo del presente capítulo es describir los antecedentes, la noción de argumentación, el modelo ideal de discusión crítica, las reglas de discusión crítica y el código de conducta para discutidores razonables de la pragma-dialéctica.

La descripción de la pragma-dialéctica constituirá la base para desarrollar en los siguientes capítulos la manera en que la perspectiva pragma-dialéctica puede orientar el actuar razonable del juzgador.

II. LA ESCUELA DE ÁMSTERDAM EN EL DESARROLLO DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

1. *Representantes de la Escuela de Ámsterdam*

Los orígenes del estudio de la perspectiva pragma-dialéctica en la Teoría de la Argumentación se remontan a la llamada Escuela de Ámsterdam. El surgimiento de dicha Escuela se ubica en la década de los setenta y ochenta,² en el Departamento de Comunicación Hablada, Teoría de la Argumentación y Retórica de la Universidad de Ámsterdam, bajo el pensamiento fundador de Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst,³ quienes desarrollaron un modelo para analizar y evaluar las discusiones críticas.

² Cfr. Eemeren, Frans H. van y Houtlosser, Peter, "The Development of the Pragma-dialectical Approach to Argumentation", *Argumentation*, Países Bajos, vol. 17, núm. 4, 2003, p. 388; Eemeren, Frans H. van, "The Pragma-Dialectical Theory under Discussion", *Argumentation*, Países Bajos, vol. 26, 2012, p. 439.

³ Cfr. Feteris, Eveline T., *Fundamentos de la Argumentación Jurídica. Revisión de las Teorías sobre la Justificación de las Decisiones Judiciales*, trad. de Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 247-248.

En general, el análisis se enfoca en examinar los elementos que contribuyen a resolver una diferencia de opinión, a partir de la estructura de la argumentación,⁴ la explicitación de premisas implícitas,⁵ así como operaciones relacionadas con la reconstrucción del discurso.⁶ En la evaluación, se incorpora la construcción de una visión general analítica,⁷ el examen de posibles inconsistencias lógicas y pragmáticas del discurso para determinar la aceptabilidad de los enunciados argumentativos,⁸ así como la violación a las reglas en una discusión crítica.⁹

A pesar las críticas efectuadas a esta postura,¹⁰ se continúa con el desarrollo de investigaciones relacionadas con la vinculación de la retórica con la dialéctica,¹¹ estudios empíricos,¹² así como herramientas de análisis y evaluación del discurso argumentativo.¹³ Entre los seguidores de la pragma-dialéctica se encuentran Bart Garssen, Peter Houtlosser, Bert Meuffels, Agrès van Rees y Francisca Snoeck Henkemans.¹⁴

⁴ Véase Eemeren, Frans H. van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, trad. de Roberto Marafioti, Buenos Aires, Biblos, 2006, pp. 69-83.

⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 63-66.

⁶ Véase Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría sistemática de la Argumentación. La Perspectiva Pragmadialéctica*, trad. de Celso López y Ana María Vicuña, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2011, pp. 99-119.

⁷ Véase Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Argumentación, comunicación y falacias. Una perspectiva pragma-dialéctica*, 2a. ed., trad. de Celso López y Ana María Vicuña, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, pp. 113-121.

⁸ Véase Eemeren, Frans H. van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación, cit.*, pp. 95-117.

⁹ Respecto a la violación de las reglas de una discusión crítica, Véase *Ibidem*, pp. 119-149.

¹⁰ Acerca de la recepción y cuestionamientos de la pragma-dialéctica, Véase Eemeren, Frans H. van, "The Pragma-Dialectical Theory...", *cit.*, pp. 442-454.

¹¹ Véase Eemeren, Frans H. van y Houtlosser, Peter, "Strategic Maneuvering: A Synthetic Recapitulation", *Argumentation*, Países Bajos, vol. 20, núm. 4, 2006, pp. 382-385.

¹² Véase Eemeren, Frans H. van; Garssen, Bart y Meuffels, Bert, "This can't be true, that would be terrible: Ordinary arguers judgments about ad consequentiam fallacies", en Goodnight, Thomas G. y Willard, Charles Arthur (ed.), *Critical Problems in Argumentation. Selected Papers*, Washington D.C., National Communication Association, 2005, 670-674; Eemeren, Frans H. van; Garssen, Bart y Meuffels, Bert, "Effectiveness Through Reasonableness Preliminary Steps to Pragma-Dialectical Effectiveness Research", *Argumentation*, Países Bajos, vol 26, núm. 1, Marzo 2012, pp. 40-52; Eemeren, Frans H. van; Garssen, Bart y Meuffels, Bert, "The Unreasonableness of the *Ad Baculum* Fallacy", en Goodnight, Thomas G. (ed.), *Arguing communication and culture. Selected Papers from the Twelfth NCA/AFA Conference on Argumentation*, Washington, D.C., National Communication Association, 2002, pp. 343-350.

¹³ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Houtlosser, Peter, "The Development of the Pragma-dialectical Approach ...", *cit.*, pp. 398-401.

¹⁴ Cfr. Santibañez Yañez, Cristián y Fuentes Bravo, Claudio, "Prólogo", en Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Los actos de habla en las discusiones argumentativas. Un modelo teórico para el análisis de discusiones orientadas hacia la resolución de diferencias de opinión*, trad. de María

En la argumentación jurídica, se adscriben a dicha postura Eveline Feteris, Henrike Jansen, Peter Kloosterhuis, José Plug, Maarten Henket y Paul van den Hoven.¹⁵

En este primer capítulo, únicamente se describirán los postulados de la pragma-dialéctica en el ámbito de la argumentación, la discusión crítica, la discusión reglada y el código de conducta para discutidores razonables.¹⁶ Dentro de esta descripción se identificarán algunas diferencias existentes entre la pragma-dialéctica y otras posturas, a efecto de delimitar los alcances de dicha postura.

2. Alcances de la pragmática y la dialéctica en la teoría de la argumentación

La propuesta de van Eemeren y Grootendorst parte del interés de estudiar el discurso argumentativo como una instancia de las comunicaciones y de las interacciones verbales normales, que deben evaluarse conforme a ciertos estándares de razonabilidad.¹⁷ En este esquema, dichos autores proponen un programa de investigación que incluya tanto el ámbito normativo –propio de la lógica moderna-, como el prescriptivo –propio de la lingüística contemporánea,¹⁸ bajo el cual se pueda explicar y normar la actividad argumentativa.

A. Los actos de habla en la dimensión pragmática

Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst exploran la dimensión pragmática sustentada en John L. Austin, John R. Searle y Paul Grice, de quienes retoman la teoría de los actos de habla y de los implícitos discursivos en un contexto de

Elena Molina, Cristián Santibáñez Yáñez y Claudio Fuentes Bravo, Santiago de Chile, Editorial Universidad Diego de Portales, 2013, p. 11.

¹⁵ Cfr. Feteris, Eveline T., *Fundamentos de la Argumentación Jurídica...*, cit., p. 49.

¹⁶ En la presente investigación, se empleará el término “discutidores razonables” correspondiente a la traducción al español de Celso López y Ana María Vicuña para la obra de Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst.

¹⁷ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Argumentación, Comunicación y Falacias...*, cit., p. 25.

¹⁸ Cfr. *Idem*.

interacción bajo un trasfondo histórico-cultural específico.¹⁹ Con base en dichos postulados, la teoría pragma-dialéctica supone que el uso del lenguaje argumentativo es parte de un intercambio de perspectivas de quienes no sostienen la misma opinión.²⁰ Tales actos de habla cumplen una función en la resolución de una disputa, que conduce a formular reglas de comunicación e interacción para el uso del lenguaje argumentativo en diversos tipos de discusión.²¹ Así, el lenguaje desempeña una función en la interacción entre los hablantes, por medio de la formulación de las reglas de comunicación.

Es posible encontrar igualmente la referencia a la pragmática en Jürgen Habermas, quien refiere que el uso pragmático de la razón práctica tiene por objeto la recomendación de una técnica apropiada o de un programa realizable que, junto con el uso ético y moral, apunta a obtener indicaciones técnicas y estratégicas para la acción, los consejos clínicos y los juicios morales.²² Este uso de la razón práctica se inscribe en el modelo discursivo propuesto por dicho autor, basado en: un procedimiento de argumentación moral -en el cual sólo pueden reivindicar lícitamente validez aquellas normas que pudiesen recibir la aquiescencia de todos los afectados en tanto que participantes en un discurso práctico-; en el principio de universalización, en el cual las normas válidas, resultados y efectos secundarios que se deriven de su seguimiento universal para la satisfacción de los intereses de todos y cada uno, tienen que poder ser aceptados por todos sin coacción alguna, y en el carácter universalista de la ética, que expresa las intuiciones de una determinada cultura o época con validez universal.²³ Como se puede apreciar, en Habermas el ámbito moral y ético adquiere un papel relevante en la argumentación, en tanto que permite fijar las metas hacia las cuales habrá de guiarse el participante en una discusión racional.

¹⁹ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría sistemática de la Argumentación...*, cit., pp. 59-60.

²⁰ *Ibidem*, p. 66.

²¹ Cfr. Feteris, Eveline T., *Fundamentos de la Argumentación Jurídica...*, cit., pp. 248-249.

²² Cfr. Habermas, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. de José Mardomingo, Madrid, Trotta, 2000, pp. 110-117.

²³ Cfr. Habermas, Jürgen, "Acerca del uso de la razón práctica", *Quórum*, s/t, 2a. época, Año IV, núm. 36, Septiembre-Octubre 1995, pp. 16-17.

Karl-Otto Apel igualmente asigna un papel significativo a la ética en el ámbito argumentativo. Para dicho autor, la ética del discurso refiere a una forma especial de comunicación –el discurso argumentativo- como medio de fundamentación concreta de las normas; particularmente aquellas referentes a la moral y al Derecho.²⁴

En este punto, es posible trazar una diferencia entre Habermas, Apel y la pragma-dialéctica. En efecto, la referencia a la ética y la moral se encuentra prácticamente ausente en la postura asumida por van Eemeren y Grootendorst, ya que el modelo de discusión crítica –a que referiré en los siguientes apartados- se enfoca en resolver una diferencia de opinión. Por el contrario, los modelos de discusión de Habermas y Apel exhortan a considerar las bases éticas del discurso sobre las cuales se ha de realizar la práctica argumentativa. En este es posible reforzar lo significativo que resulta la aproximación al modelo teórico para identificar los alcances y limitaciones de la práctica argumentativa.

De lo expuesto es posible desprender dos aristas para el desarrollo de la presente investigación: 1) En disciplinas como el Derecho, el seguimiento de la pragma-dialéctica requerirá complementarse con aquellas teorías o posturas que expresamente busquen el seguimiento de algún valor o principio que guíe la resolución de controversias. Ciertamente, no basta con enunciar que el objetivo final es la resolución de una diferencia de opinión, como lo plantea la pragma-dialéctica, por cuanto a que es preciso indagar sobre aquellos valores que encauzarán la solución de una controversia, y 2) Si bien la búsqueda de valores, fines o preferencias es significativo al emitir una norma jurídica general o individualizada, es conveniente reconsiderar aquellos factores conexos que igualmente inciden en la emisión de normas jurídicas. En este tenor, la pragma-dialéctica proporciona interesantes elementos para identificar aquellos factores que podrían coadyuvar a mejorar la práctica argumentativa inmersa en la emisión de una norma jurídica, y que se abordarán en el desarrollo de la presente investigación.

²⁴ Cfr. Apel, Karl-Otto, *Teoría de la Verdad y Ética del Discurso*, trad. de Norberto Smilg, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1987, pp. 147-148.

B. Intercambio reglado de opiniones en la dimensión dialéctica

La dimensión dialéctica de la cual parten van Eemeren y Grootendorst, se basa en Aristóteles, Cicerón y Quintiliano,²⁵ el racionalismo crítico y las posturas analíticas de Karl Popper, Hans Albert, Arne Naess, Charles Hamblin, Paul Lorenzen, Else M. Barth y Erik C. W. Krabbe.²⁶

A partir de dichos postulados, la dialéctica representa un intercambio crítico de opiniones que someten un punto de vista en discusión a una prueba crítica, en cuya resolución se habrá de determinar si el protagonista defendió su punto de vista con base en reglas y puntos de partida compartidos contra las reacciones críticas del oponente, o si en su caso, el oponente lo atacó con éxito.²⁷ En este enfoque “la argumentación es considerada parte de un procedimiento para resolver una diferencia de opinión acerca de la aceptabilidad de uno o más puntos de vista, por medio de una discusión crítica.”²⁸ Así, la argumentación representa un intento por defender un punto de vista en relación con una opinión expresada frente a las reacciones críticas del juez racional en una discusión reglada.²⁹

La aproximación dialógica de la argumentación ya había sido abordada por Toulmin, a quien los pragma-dialécticos cuestionan en tanto que consideran que la audiencia universal no es dialógica, al componerse de un conjunto a veces imaginario de lectores pasivos que no ofrecen ninguna oposición, con lo cual da un tratamiento cuasi-social de la argumentación.³⁰ Por su parte, el cuestionamiento de los pragma-dialécticos a Perelman y Olbrechts-Tyteca radica en la ausencia de una dimensión normativa que permita considerar las cuestiones dialécticas, a partir de

²⁵ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría sistemática de la Argumentación...*, cit., pp. 51-53.

²⁶ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Houtlosser, Peter, “The Development of the Pragma-dialectical Approach...”, cit., p. 387.

²⁷ Cfr. Feteris, Eveline T., *Fundamentos de la Argumentación Jurídica...*, cit., pp. 248-249.

²⁸ Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría sistemática de la Argumentación...*, cit., p. 132.

²⁹ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Los actos de habla en las discusiones argumentativas. Un modelo teórico para el análisis de discusiones orientadas hacia la resolución de diferencias de opinión*, trad. de María Elena Molina, Cristián Santibáñez Yáñez y Claudio Fuentes Bravo, Santiago, Editorial Universidad Diego de Portales, 2013, p. 65.

³⁰ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría sistemática de la Argumentación...*, cit., p. 56.

reglas y procedimientos que indiquen cuáles son los movimientos admisibles en una discusión crítica.³¹

Hasta cierto punto, se podría advertir que las críticas formuladas a Toulmin, Perelman y Olbrechts-Tyteca, son indicativas para procurar una mayor interacción entre los participantes en un discurso, lo cual exhorta a individualizar a los participantes del discurso y procurar condiciones reales bajo las cuales se desarrolle el discurso. Bajo el presupuesto dialéctico, se busca un efectivo intercambio de opiniones y argumentos entre los participantes en un discurso, tendientes a lograr el convencimiento de la aceptabilidad de un punto de vista. Con ello, se evitarían resoluciones de conflictos adoptados de manera imaginaria o unilateral –al omitir considerar los puntos de vista de quienes se encuentran realmente involucrados en un discurso. Así, la pragma-dialéctica impone el requerimiento de fomentar la participación activa de los individuos que intervienen en una discusión, lo cual exige dar una mayor atención a los destinatarios de la argumentación, a los argumentos e interrogantes que transmiten,³² así como determinar las actitudes que favorecen o entorpecen la resolución de una determinada controversia.

Jürgen Habermas aborda igualmente la intervención de los participantes, cuya participación es significativa a fin de lograr un consenso.³³ En este punto se presenta una distinción entre los objetivos de la participación con los pragma-dialécticos, para quienes la intervención de los participantes se circunscribe a lograr la aceptabilidad de un punto de vista y resolver una diferencia de opinión.

Igualmente, en la aproximación de la dimensión dialéctica, la Escuela de Ámsterdam se distancia de la lógica. Si bien retoman la lógica al permitir explicitar premisas implícitas³⁴ e incluso como parte del código de conducta para discutidores razonables³⁵, se cuestiona que dicha disciplina solamente se concentre en formas

³¹ *Ibidem*, p. 58.

³² Para profundizar en torno a la exposición de argumentos e interrogaciones propios de la dialéctica, Véase Aristóteles, "Tópicos (De la dialéctica)", en *Tratados de Lógica (El Organon)*, 13a. ed., s/t, México, Porrúa, 2011, pp. 317-436.

³³ *Cfr.* Habermas, Jürgen, *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, trad. de Ramón Vilá Vernis, Barcelona, Paidós, 2003, p. 24.

³⁴ En torno al papel de la lógica en la explicitación de las premisas implícitas, Véase Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Argumentación, comunicación y falacias...*, *cit.*, pp. 88-93.

³⁵ En el código de conducta para discutidores razonables propuesto por Eemeren y Grootendorst, se exige que asegurar el uso de un razonamiento válido en sentido lógico, a fin de determinar si los

abstractas de argumentos o en patrones de razonamiento y se omitan cuestiones como la expresión de los argumentos, hacia quién se dirigen, la situación bajo la cual progresó la argumentación o la información transmitida por los enunciados que preceden a la argumentación.³⁶

A través de los cuestionamientos a Toulmin, Perelman y Olbrechts-Tyteca y los lógicos, los pragma-dialécticos sostendrán que la explicación de una diferencia de opinión requiere la ayuda de un debate argumentativo que esté de acuerdo con ciertas precondiciones y que presente un modelo en varias etapas de un debate argumentativo que idealmente deba cumplir.³⁷

Así, para la pragma-dialéctica el estudio de la argumentación además del análisis de los argumentos, requiere la participación efectiva de quienes intervienen en el discurso, bajo determinadas reglas que permitan resolver una controversia. La consideración de la participación efectiva de quienes intervienen en el discurso, es un aspecto significativo que se estima conveniente retomar para determinar la manera en que pueden orientar el actuar razonable del juzgador.

3. Enfoque normativo y descriptivo de la pragma-dialéctica

En general, Karl-Ludwig Kunz y Martino Mona explican los alcances del elemento empírico y normativo en la teoría del discurso. Al efecto, el elemento empírico se basa en la comunicación en la sociedad, en tanto que el normativo busca fijar como meta el consenso, en condiciones de libertad y seguir el ideal de llegar a un acuerdo, bajo reglas argumentativas simétricas y de reciprocidad.³⁸

puntos de vista defendidos se siguen lógicamente de la argumentación presentada, e igualmente se desprende la posibilidad de que los discutidores presenten argumentos bajo un método adicional a la lógica que permita poner a prueba la corrección de los tipos de argumentos en cuestión. Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría sistemática de la Argumentación...*, cit., pp.186-188. Dicho aspecto evidencia que junto con la lógica puede recurrirse a métodos adicionales para poner a prueba una argumentación.

³⁶ Cfr. Eemeren, Frans H. van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, cit., p. 18.

³⁷ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría sistemática de la Argumentación...*, cit., pp. 64-66.

³⁸ Cfr. Kunz, Karl-Ludwig y Mona, Martino, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft*, 2a. ed., Berna, Stuttgart, Viena, Haupt Verlag, 2015, pp. 167-168.

En la pragma-dialéctica el enfoque descriptivo se relaciona con la observación y la práctica argumentativa que engloba desafíos epistemológicos, morales y prácticos de la vida real, los cuales motivan la teorización acerca de la argumentación, en tanto que el enfoque normativo, se vincula con la estandarización y comienza por consideraciones relativas a las normas de razonabilidad que una buena argumentación debe satisfacer.³⁹ La nota distintiva de la pragma-dialéctica es el interés por buscar una cooperación interdisciplinaria que vincule el enfoque normativo y descriptivo, y así:

Un programa de investigación que promueve el desarrollo de la teoría de la argumentación debe darle lo que es debido tanto a la observación como a la estandarización. Debe asegurarse de que exista, cuando sea necesario, una interacción sistemática entre los diferentes tipos de investigación, lo cual hace posible unir, desde el comienzo, el enfoque que parte de la realidad 'real', 'objetiva' y 'material' con el que parte de los modelos 'ideales', 'trascendentes' y 'abstractos'.⁴⁰

El programa de investigación de van Eemeren y Grootendorst se integra con los siguientes componentes: 1) Filosófico, que desarrolla un modelo teórico de argumentación estable; 2) Teórico, que comprende la actuación razonable en un discurso argumentativo; 3) Analítico, cuyo objeto es la reconstrucción del discurso argumentativo para destacar sus aspectos relevantes; 4) Empírico, que busca la descripción de los procesos reales de producción, identificación y evaluación del discurso argumentativo y los factores que influyen en sus resultados, y 5) Práctico, tendiente al desarrollo de métodos que mejoren la práctica argumentativa, con la respectiva consideración de la diversidad de contextos comunicacionales.⁴¹ Los componentes de investigación mencionados ofrecen un interesante panorama para

³⁹ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría sistemática de la Argumentación...*, cit., pp. 21-22.

⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 22-23.

⁴¹ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Argumentación, Comunicación y Falacias...*, cit., pp. 25-28; Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría sistemática de la Argumentación...*, cit., pp. 45-49.

comprender la teoría de la argumentación, ya que además de indagar la estabilidad, razonabilidad y reconstruir los elementos principales de la argumentación, se apunta a considerar la realidad que envuelve el desarrollo argumentativo, al cual se busca mejorar a través de determinados métodos.

La intención de los pragma-dialécticos por buscar un enlace entre lo normativo y descriptivo es uno de los aspectos que nos ha conducido a abordar esta perspectiva de la teoría de la argumentación, ya que reconoce la valía de la observación, en la exploración de aquellos desafíos y problemática de la realidad argumentativa, y la posibilidad de ofrecer estándares para guiar la argumentación, lo que implica complementariedad (y no exclusión) entre ambos enfoques. Dicha referencia, invita a explorar si a partir de los problemas de la práctica argumentativa (identificados por la crítica jurídica interna) se pueden formular estándares o criterios adicionales que guíen la práctica argumentativa.

III. LA ARGUMENTACIÓN COMO ACTIVIDAD ORIENTADA AL CONVENCIMIENTO

1. *Nociones de argumentación*

A. El carácter verbal, social y racional de la argumentación

Una diferencia de opinión se da cuando dos partes no están de acuerdo totalmente con un punto de vista o proposición, y sobre el cual se manifiestan dudas o se externa un rechazo.⁴² A partir de lo anterior, surge la argumentación que la pragma-dialéctica concibe como “una actividad verbal, social y racional, orientada a convencer a un crítico razonable de la aceptabilidad de un punto de vista mediante la presentación de una constelación de proposiciones que justifican o refutan la proposición expresada en este punto de vista.”⁴³

⁴² Cfr. Eemeren, Frans van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, cit. pp. 24-27.

⁴³ Eemeren, Frans van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, cit., p. 13.

En general, el aspecto verbal, implica que la argumentación puede realizarse en forma oral o escrita; como actividad social, el avance argumentativo se dirige por definición a otros, y es una actividad racional, en tanto que se orienta a defender un punto de vista, de modo que se torna aceptable a un crítico que toma una actitud razonable.⁴⁴ Dichas notas por su relevancia se ampliarán a continuación.

a. Aspecto verbal

La pragma-dialéctica retoma el carácter lingüístico que acompaña a las nociones generales de la argumentación.⁴⁵ El estudio del lenguaje busca identificar aquellos métodos que contribuyen a la mejora de la práctica de la discusión, identificar los problemas que se presentan en la resolución de disputas y buscar soluciones a los mismos, dentro de las cuales se encuentra: la identificación de los actos de habla que se realizan en la argumentación, el análisis de las discusiones argumentativas, la identificación de las premisas implícitas en una argumentación y la formulación de un código de conducta para discutidores razonables.⁴⁶

La referencia al lenguaje en el ámbito argumentativo, se encuentra igualmente presente en Perelman, quien asume dentro del efectivo ejercicio de la argumentación un lenguaje común producto de una tradición social y que variará en función del lenguaje natural y técnico.⁴⁷

Junto con el lenguaje, van Eemeren y Grootendorst resaltan la interacción en el ámbito argumentativo, de donde se desprenderá que la argumentación no solamente reviste un interés de análisis desde la perspectiva lógica, sino que requiere igualmente considerar el aspecto interaccional o social, tema que se referirá en el siguiente inciso.

⁴⁴ Cfr. Eemeren, Frans van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, cit. p. 17.

⁴⁵ Cfr. Plantin, Christian, *La argumentación*, trad. de Amparo Tusón Valls, Barcelona, Ariel, 1998, p. 29.

⁴⁶ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Los actos de habla en las discusiones argumentativas...*, cit., pp. 36-40.

⁴⁷ Cfr. Perelman, Chaïm, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, trad. del francés de John Petrie, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963, p. 155.

b. Aspecto social

El aspecto social se vincula con la contribución a un proceso de comunicación entre personas o grupos que intercambian ideas entre sí con el fin de resolver una diferencia de opinión. Dichas personas asumen distintos roles en el diálogo, cierta responsabilidad en sus actos de habla, así como con una obligación justificatoria hacia esos actos de habla.⁴⁸

La vinculación social con el diálogo también se encuentra presente con Siegfried Jäger, para quien los discursos son vistos desde una perspectiva material, que permiten la determinación de la realidad, a través de sujetos que intervienen activamente en sus contextos sociales como (co)productores y (co)agentes de los discursos y cambios de la realidad. De esta manera, señala dicho autor, el análisis del discurso no trata (únicamente) de las interpretaciones de algo que ya existe, sino del análisis de la producción de la realidad que el discurso efectúa.⁴⁹

Jürgen Habermas igualmente ya adelantaba la pertinencia de considerar a los participantes en un discurso, y así un discurso práctico ordinario debe suponer una participación inclusiva y competente de todos los implicados en el discurso práctico y de que las partes dispuestas a conformarse a normas intersubjetivamente reconocidas puedan efectivamente esperar de todas las demás que se comporten del mismo modo.⁵⁰ Tanto Habermas como los pragma-dialécticos favorecen la participación activa de quienes intervienen en un discurso, lo cual contrasta con aquella noción de autores como Perelman, para quien el contexto social de la argumentación, se concretaría en apuntar a la audiencia, a la cual el argumentador busca adaptarse con la finalidad de tratar de incidir en su actitud.⁵¹ Así, el aspecto social exhorta a redimensionar de una manera más explícita la importancia, rol y

⁴⁸ Cfr. Eemeren, Frans van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, cit., pp. 62-63.

⁴⁹ Cfr. Jäger, Siegfried, "Discurso y conocimiento: aspectos teóricos y metodológicos de la crítica del discurso y del análisis de dispositivos", en Wodak, Ruth y Meyer, Michael (comp.), *Métodos de análisis crítico del discurso*, trad. de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 65-67.

⁵⁰ Cfr. Habermas, Jürgen, *La ética del discurso...*, cit., p. 42.

⁵¹ Cfr. Perelman, Chaïm, *The Idea of Justice...*, cit., p. 155.

argumentos de las partes en una controversia, que en conjunto son aspectos que con el estudio de la perspectiva pragma-dialéctica se pueden reforzar.

c. Aspecto racional

Frans van Eemeren y Rob Grootendorst sostienen que una discusión racional no es una cuestión de fuerza, sino de la calidad de la argumentación y de la crítica.⁵² El aspecto racional por tanto, elimina cualquier intención de empleo de la fuerza⁵³ y se circunscribe a la actitud que adoptan los participantes en el discurso, con el correspondiente respeto a los actos de habla y las reglas aplicables al discurso para resolver la disputa en cuestión. La racionalidad requiere que los participantes adopten una actitud crítica y cooperativa, lo cual se cumple cuando se realizan actos de habla de acuerdo a un sistema de reglas aceptables para todos los participantes que promueven la creación de una dialéctica que puede conducir a la resolución de la disputa que está en el centro de la discusión.⁵⁴

Como se puede apreciar, la pragma-dialéctica propone un criterio adicional a considerar en el desarrollo de la argumentación, consistente en el adecuado seguimiento y respeto a un sistema de reglas tendientes a conducir la resolución y a permitir la intervención de todos los participantes en el discurso. Por lo anterior, es posible advertir que el carácter verbal y racional nos indicará pautas para desarrollar una buena argumentación, en tanto que el carácter social, además de indicar la participación de individuos en la solución de una controversia y la externalización de una opinión, coadyuva a identificar aquellas cuestiones y desafíos de índole práctico que requieren de una explicación y eventual solución.

⁵² Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Los actos de habla en las discusiones argumentativas...*, cit., p. 316.

⁵³ En torno a la racionalidad y a la fuerza convincente del logos para evitar o hacer superfluo el recurso a la fuerza física en la resolución de diferencias, Véase Perelman, Chaïm, "El ideal de racionalidad y la regla de Justicia", trad. de Luis Recaséns Siches, *Dianoia. Anuario de Filosofía*, año VIII, núm. 8, 1962, p. 107.

⁵⁴ Cfr. Eemeren, Frans van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, cit., pp. 65-66.

B. La argumentación como un acto de habla reglamentado

Frans van Eemeren y Rob Grootendorst proporcionan una definición adicional de la argumentación como un acto de habla reglamentado, y así:

La argumentación es un acto de habla que consiste en una constelación de enunciados diseñados para justificar o refutar una opinión expresada y calculada dentro de una discusión reglada, con el objetivo de convencer a un juez racional acerca de la aceptabilidad o inaceptabilidad de una opinión expresada.⁵⁵

En esta definición es posible destacar la diferencia de opinión, la aceptabilidad del punto de vista del argumentador y la necesidad de justificar o refutar un punto de vista. En particular, esta última noción retoma el acto de habla, como parte de la actividad verbal de la argumentación; el aspecto social, estaría delimitado al convencimiento de una persona identificada como el juez racional (que equivaldría al crítico razonable de la primera noción) y el ámbito racional se manifiesta en la opinión expresada y calculada dentro de una discusión reglada.

Como se puede apreciar, el aspecto lingüístico y la intervención de los participantes en un discurso reglamentado para resolver una diferencia de opinión, son nociones clave en la pragma-dialéctica. Si bien el tema de los actos de habla resulta interesante,⁵⁶ nuestro análisis se centrará mayormente en el tema del discurso reglamentado y la razonabilidad exigida a los participantes en el discurso.

A partir de dichas nociones, es posible referir a la dinámica de la argumentación pragma-dialéctica, que supone que un hablante o escritor presenta un punto de vista, en su carácter de protagonista, y un oyente o escritor expresa una duda con respecto al punto de vista, en su carácter de antagonista, y ambos tratan de descubrir si el punto de vista del protagonista es capaz de resistir la crítica

⁵⁵ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Los actos de habla en las discusiones argumentativas...*, cit., p. 67.

⁵⁶ Para profundizar en torno a los actos de habla, como los diversos movimientos que se realizan en distintas etapas de una discusión crítica para resolver una diferencia de opinión, Véase Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una teoría sistemática de la argumentación...*, cit., pp. 69-74.

del antagonista. La diferencia de opinión se resuelve cuando los argumentos presentados conducen al antagonista a aceptar el punto de vista defendido, o bien cuando el protagonista retira su punto de vista, como consecuencia de las reacciones críticas del antagonista.⁵⁷

De lo expuesto se reafirma que en la resolución de una diferencia de opinión, intervienen el aspecto verbal -con la expresión de argumentos-, el aspecto racional -que supone considerar aspectos como la justificación de los argumentos, el seguimiento de un conjunto de reglas durante las etapas de resolución de una diferencia de opinión- y el aspecto social, que incluye considerar la actitud racional que mantengan los participantes en el discurso. Igualmente, se aprecia la relevancia de los sujetos que intervienen en la discusión, bien para presentar un punto de vista, bien para expresar dudas. Dicho esquema servirá de base para incorporar los constructos teóricos adicionales del modelo de discusión crítica y las reglas del discurso que se postulan desde la pragma-dialéctica.

2. Principios metateóricos del modelo de análisis pragma-dialéctico

El modelo del análisis pragma-dialéctico se construye a partir de los siguientes principios metateóricos:

- Externalización.- Implica ocuparse de las opiniones expresadas y de las afirmaciones argumentativas, esto es, de los actos de habla realizados y no de los pensamientos, las ideas y los motivos que subyacen en ellas, cuyo contenido en su caso se determinará mediante la información comunicada por los hablantes. Con ello, se busca prevenir la internalización del tema y evitar el psicologismo.⁵⁸
- Funcionalización.- Esta característica refiere a una actividad con un propósito o intención, en el cual la argumentación se puede observar

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 133-134.

⁵⁸ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Los actos de habla en las discusiones argumentativas...*, *cit.*, pp. 43-44.

como un proceso de uso del lenguaje para lograr un propósito determinado, y no sólo como un producto constituido por una constelación de afirmaciones.⁵⁹

- Socialización.- Este rasgo reitera el ámbito de investigación comunicativo e intencional de la argumentación, que implica que dicha actividad debe observarse como parte de un proceso bilateral, en donde el orador y el oyente asumen roles comunicativos y son partes en una disputa que, en principio, juegan roles interacciones (o interactivos) de oposición en el diálogo.⁶⁰
- Dialectificación.- Supone que un usuario se dirige a otro usuario en el avance de una argumentación en defensa de un punto de vista, ya sea para justificar o refutar una opinión expresada. El sujeto hablante al cual se dirige el enunciado, adopta la posición del juez racional –desde un enfoque argumentativo- y reacciona críticamente a la argumentación del oponente, lo cual asegura una discusión crítica que permite desarrollar y defender una argumentación a favor y otra en contra.⁶¹

En la enunciación de los metaprincipios, la pragma-dialéctica se inclina por considerar la argumentación como un proceso, idea que reflejaría la pertinencia de seguir ciertos pasos ordenados y sistematizados para solucionar una diferencia.

Por lo expuesto, se aprecia un interés de van Eemeren y Grootendorst en proporcionar elementos de análisis, evaluación y presentación de la argumentación, mediante la vinculación de la pragmática y dialéctica para destacar la interacción entre hablante o protagonista encaminado a sustentar un punto de vista a través de actos de habla y un antagonista quien refutará dicho punto de vista, temas que se retomarán para orientar el actuar del juez.

⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 45-46.

⁶⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 49-53.

⁶¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 60-63.

IV. MODELO IDEAL DE UNA DISCUSIÓN CRÍTICA

1. *La discusión crítica como un intercambio de perspectivas*

Para van Eemeren y Grootendorst, la discusión crítica se concibe como “un intercambio de perspectivas, en el que las partes involucradas en una diferencia de opinión intentan sistemáticamente determinar si el o los puntos de vista en discusión son o no defendibles frente a las dudas u objeciones críticas.”⁶²

En opinión de Evelyn Feteris, el modelo de discusión crítica representa el dispositivo teórico primario del enfoque pragma-dialéctico, que como sistema teóricamente motivado por un discurso ideal orientado a la resolución de divergencias, puede servir como norma para guiar el mejoramiento de la práctica de la argumentación, al proporcionar un marco para interpretar y reconstruir el discurso argumentativo real, y evaluar el comportamiento argumentativo. Así, para dicha autora, el modelo de discusión crítica, proporciona una guía general y vital del comportamiento de los interlocutores para resolver diferencias mediante el discurso argumentativo.⁶³

Dicha discusión crítica representa un discurso argumentativo ideal, o un modelo, que atraviesa por una confrontación, apertura, argumentación y cierre,⁶⁴ el cual cumple con una función heurística, al ser una guía para detectar e interpretar cada elemento y aspecto del discurso relevante para una evaluación crítica, e igualmente cumple con una función crítica, al proporcionar estándares para la evaluación, mediante normas que permiten determinar en qué aspectos un intercambio de ideas se desvía del procedimiento más conducente a la resolución de una diferencia de opinión.⁶⁵ Como se puede apreciar el modelo de discusión crítica provee un modelo ideal bajo el cual es posible resolver diferencias de opinión,

⁶² Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, cit., p. 60.

⁶³ Cfr. Feteris, Eveline T., *Fundamentos de la Argumentación Jurídica...*, cit., p. 251.

⁶⁴ Cfr. Eemeren, Frans H. van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, cit., p. 35.

⁶⁵ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, cit., p. 66.

guiar el actuar de los participantes en una discusión, así como analizar y evaluar la práctica argumentativa.

El interés por una situación ideal de comunicación, ya había sido adelantado por Jürgen Habermas, para quien el carácter ideal una situación de habla radicaba en que las comunicaciones “no solamente no se encuentran impedidas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que se siguen de la propia estructura de la comunicación.”⁶⁶ Para Habermas, la estructura de la comunicación deja de generar coacciones si existe una distribución simétrica de oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla, para lo cual es necesario cumplir con las siguientes condiciones, a saber:

1. “Todos los participantes potenciales en un discurso tienen que tener la misma oportunidad de emplear actos de habla comunicativos, de suerte que en todo momento tengan la oportunidad tanto de abrir un discurso como de perpetuarlo mediante intervenciones y réplicas, preguntas y respuestas.”⁶⁷
2. “Todos los participantes en el discurso tienen que tener igual oportunidad de hacer interpretaciones, afirmaciones, recomendaciones, dar explicaciones y justificaciones y de problematizar, razonar o refutar las pretensiones de validez de ellas, de suerte que a la larga ningún prejuicio quede sustraído a la tematización y a la crítica.”⁶⁸

Junto con estas dos condiciones, Habermas agrega otras dos condiciones que garantizan que los participantes puedan en efecto emprender un discurso, y no simplemente imaginarse el desarrollo de un discurso, cuando en realidad se comunican bajo coacción,⁶⁹ y que son:

⁶⁶ Habermas, Jürgen, “Teoría de la Verdad”, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Ediciones Cátedra, 1989, p. 153.

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ *Idem.*

3. “Para el discurso sólo se permiten hablantes que como agentes, es decir, en los contextos de acción, tengan iguales oportunidades de emplear actos de habla representativos, esto es, de expresar sus actitudes, sentimientos y deseos. Pues sólo la recíproca sintonización de los espacios de expresión individual y la complementariedad en el juego de proximidad y distancia en los contextos de acción garantizan que los agentes, también como participantes en el discurso, sean también veraces unos con otros y hagan transparente su naturaleza interna.”⁷⁰
4. “Para el discurso sólo se permiten hablantes que como agentes tengan la misma oportunidad de emplear actos de habla regulativos, es decir, de mandar y oponerse, de permitir y prohibir, de hacer y retirar promesas, de dar razón y exigirla. Pues sólo la completa reciprocidad de expectativas de comportamiento, que excluye privilegios en el sentido de normas de acción y valoración que sólo obliguen unilateralmente, puede garantizar que la equidistribución formal de las oportunidades de abrir una discusión y proseguirla, se emplee también fácticamente para dejar en suspenso las coacciones de la realidad y pasar al ámbito de comunicación exento de experiencia y descargado de acción que es el discurso.”⁷¹

Como se puede apreciar, la teorización del discurso conlleva a considerar las condiciones ideales bajo las cuales se desarrollará dicho discurso. Al efecto, es posible apreciar que mientras para Habermas, el énfasis se realiza en el ámbito de la comunicación, en donde resulta significativo asegurar la debida participación de los hablantes en el discurso, bajo condiciones de de inteligibilidad, verdad, rectitud y veracidad, en la pragma-dialéctica, el modelo ideal se enfoca a la resolución de una diferencia de opinión, así como a contar con elementos para el análisis y evaluación del discurso.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 153-154.

⁷¹ *Ibidem*, p. 154.

Un aspecto adicional que permite diferenciar a la pragma-dialéctica de autores como Habermas y Apel, radica en que aquélla no alude a la ética o la moral en la práctica argumentativa. Sin perjuicio de lo anterior, como ya se ha adelantado al referir al ámbito social de la argumentación y a la dialéctica, la postura de van Eemeren y Grootendorst resulta significativa para redimensionar otros elementos que pueden orientar al operador jurídico al momento de emitir una norma jurídica. Por ello, es pertinente aproximarnos al modelo de discusión crítica, en tanto que ofrece aquellos presupuestos de racionalidad y razonabilidad, sobre los cuales se ha de conducir la práctica jurídica.

2. Aceptabilidad y acuerdos razonables en las discusiones argumentativas

El modelo de la discusión crítica de van Eemeren y Grootendorst tiene como presupuesto la presencia de un racionalista crítico⁷² que procede sobre la base de la falibilidad fundamental de todo pensamiento humano, el cual asume la idea de un sistemático escrutinio crítico de todos los campos del pensamiento y de la actividad humana, como punto de partida para la resolución de los problemas.⁷³ En este esquema, mientras que lo racional alude al uso de la razón, lo razonable designa el uso de la razón de un modo apropiado y que en este caso, estará situado en un contexto de comunicación e interacción, dentro del cual el carácter crítico de la razonabilidad se centra en la discusión.⁷⁴

Frente a la idea del consenso como medio de integrar la disidencia por la eliminación racional de una de las opiniones en conflicto,⁷⁵ la pragma-dialéctica señala que las discusiones argumentativas están destinadas a alcanzar un acuerdo

⁷² La concepción de racionalista crítico responde a un intento de van Eemeren y Grootendorst de alejarse de los enfoques geométrico y antropológico de la razonabilidad, que proponen los lógicos, Perelman o Toulmin. Sobre el particular, Véase Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, cit., pp. 125-132.

⁷³ Cfr. *Ibidem*, p. 132.

⁷⁴ Cfr. Eemeren, Frans H. van, *Maniobras Estratégicas en el Discurso Argumentativo*, trad. de Cristián Santibañez Yáñez y María Elena Molina, Madrid-México, Plaza y Valdés Editores, 2012, pp. 65-69.

⁷⁵ Cfr. Plantin, Christian, *op. cit.*, pp. 31-32.

razonable,⁷⁶ basado en un procedimiento que supone la posibilidad de resolver las diferencias de opinión (validez del problema) en combinación con su aceptabilidad para quienes forman parte de la discusión (validez convencional).⁷⁷ Así, el convencimiento a otro individuo ha de basarse en la aceptabilidad de un punto de vista,⁷⁸ lo cual se logra sobre la base de un intercambio de argumentos y críticas reglamentado y libre de impedimentos.⁷⁹ De esta manera, la evaluación de la aceptabilidad consistirá en comprobar si los movimientos argumentativos se encuentran de acuerdo con las normas dialécticas que determinan cuándo un movimiento (realizado por las partes dentro de la discusión) contribuye a resolver una diferencia de opinión y que establecen la aceptación intersubjetiva de dichos movimientos como medios adecuados para una diferencia de opinión.⁸⁰

Así, para la pragma-dialéctica, la razonabilidad adquiere una particular connotación en tanto que además de referir al adecuado uso de la razón, implica situarse en un contexto de comunicación e interacción en el cual las partes realicen un intercambio de argumentos y críticas bajo determinadas reglas del discurso, y que se enunciarán en el siguiente apartado.

Sobre el particular, Harvey Siegel ha cuestionado la manera en que la noción pragma-dialéctica de la razonabilidad se sitúa como independiente del contexto en el cual se desarrolla la discusión, ante lo cual sería conveniente indagar las normas argumentativas legítimas que operan en determinados contextos.⁸¹ La crítica de Siegel apunta a explorar el rol que juega el contexto en una discusión, de esta manera se tendrían que determinar las situaciones de carácter político, social, económico y cultural que circunscriben a los participantes en una discusión y los temas de la discusión. Bajo dicha crítica se pueden explorar los límites de las reglas de la discusión pragma-dialécticas y sus alcances en el Derecho.

⁷⁶ Cfr. Eemeren, Frans van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, cit., p. 23.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 36.

⁷⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 18.

⁷⁹ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una teoría sistemática de la argumentación...*, cit., p. 65.

⁸⁰ Cfr. Eemeren, Frans H. van, *Maniobras Estratégicas...*, cit., p. 70.

⁸¹ Cfr. Siegel, Harvey, "Argumentative Norms: How Contextual can they be? A Cautionary Tale", en Eemeren, Frans H. van y Garssen, Bart (ed.), *Reflections on Theoretical Issues in Argumentation Theory*, Heidelberg, Nueva York, Dordrech, Londres, Springer, 2015, pp. 212-213.

De esta manera, es posible rescatar la intención de la pragma-dialéctica de añadir una exigencia adicional para considerar la razonabilidad de la discusión, consistente en guiar la solución de una diferencia de opinión bajo determinadas reglas a lo largo de una serie de etapas en que se desarrolla la discusión crítica, dentro de las cuales se encuentra la necesidad de considerar los argumentos e intervención de los participantes en un discurso.

3. Etapas de desarrollo de la discusión crítica

Para la pragma-dialéctica, la argumentación requiere estudiarse como un proceso-producto, que se distinguirá del enfoque lógico, que implica abordar la argumentación como un producto-orientado.⁸² Como proceso-producto, contextualiza la intervención de los participantes en una serie de etapas, cada una con una particular contribución a la resolución de una controversia, y que son:

1. Etapa de Confrontación.- Se establece que existe una disputa, para lo cual se presenta y se pone en duda un punto de vista.⁸³
2. Etapa de Apertura.- En esta etapa se busca resolver la disputa por medio de una discusión argumentativa reglamentada, en la cual una parte toma el rol de protagonista, preparada para defender su punto de vista por medio de la argumentación y la otra adopta el rol de antagonista, para desafiar sistemáticamente al protagonista.⁸⁴ Igualmente, las partes intentan descubrir cuánto terreno común comparten y determinar si existe una base para un intercambio significativo de opinión, que pueda incluir tanto compromisos procedimentales como un acuerdo sustantivo.⁸⁵
3. Etapa de Argumentación.- Refiere a que el protagonista presenta sus argumentos a favor de sus puntos de vista, dirigidos a superar

⁸² Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Los actos de habla en las discusiones argumentativas...*, cit., pp. 48-49.

⁸³ Cfr. *Ibidem*, p. 55.

⁸⁴ Cfr. *Idem*.

⁸⁵ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, cit., p. 67.

sistemáticamente las dudas del antagonista o a refutar las reacciones críticas expresadas por el antagonista; por su parte, el antagonista investiga la aceptabilidad de la argumentación y externa las reacciones o dudas correspondientes, en caso de que la argumentación no sea convincente, lo cual irá seguido de una argumentación adicional.⁸⁶

4. Etapa de Clausura.- Se establece si la disputa ha sido o no resuelta. Se considera que la disputa se resuelve a favor del antagonista si se retira el punto de vista inicial, en tanto que si se retira la duda, la disputa ha quedado resuelta en favor del protagonista.⁸⁷

Bajo el desarrollo relativamente reciente de la pragma-dialéctica, cada una de estas etapas se encuentra asociada con un objetivo retórico por alcanzar,⁸⁸ y en donde la meta es la eficacia del discurso para hacer aceptable el propio punto de vista.⁸⁹ De esta manera, cada etapa es significativa en la resolución de una diferencia de opinión, al distribuir la intervención de los participantes para fijar los puntos de partida, los argumentos a favor o refutaciones del punto de vista, así como la resolución de la disputa y a favor de qué parte.

V. REGLAS DE LA DISCUSIÓN CRÍTICA

1. *La resolución de la disputa a partir de la reglamentación de la discusión*

Una aportación adicional de la pragma-dialéctica radica en la exposición de las reglas de discusión crítica y del código de conducta para discutidores razonables, así como las posibles violaciones a dichas reglas.

⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 67-68.

⁸⁷ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Argumentación, Comunicación y Falacias...*, *cit.*, p. 56.

⁸⁸ En cuanto a los objetivos retóricos por alcanzar en cada etapa, Véase Eemeren, Frans H. van, *Maniobras Estratégicas...*, *cit.*, pp. 86-89.

⁸⁹ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Houtlosser, Peter, "Rhetorical Analysis within a Pragma-dialectical framework. The case of R.J. Reynolds", *Argumentation*, Países Bajos, vol. 14, núm. 3, Agosto 2000, p. 297.

Conforme a lo mencionado, van Eemeren y Grootendorst estiman que un procedimiento que promueve la resolución de una diferencia de opinión no puede estar confinado exclusivamente a las relaciones lógicas por medio de las cuales las conclusiones son inferidas a partir de las premisas, sino que debe consistir en un sistema de regulaciones que cubra los actos de habla necesarios para la realización de una discusión crítica encaminada a resolver una diferencia de opinión.⁹⁰

Así, la postura en comento enfatiza la naturaleza procedimental de la interacción entre los participantes en una discusión, y en el cual el seguimiento de determinadas reglas es primordial para la resolución de un conflicto en específico. En cierto sentido, se advertiría una dependencia considerable entre la resolución de una diferencia de opinión y el seguimiento de determinadas reglas bajo las cuales se ha de conducir la discusión crítica. En una primera aproximación, dicha dependencia se puede justificar si se considera la pertinencia de mantener un orden en la manera en que han de proceder las partes en conflicto al momento de exponer, o en su caso, atacar una postura. Asimismo, la dependencia en cuestión puede ser significativa para dar certeza a las partes en conflicto de que el resultado ha seguido un procedimiento en el cual se han escuchado y probado debidamente los argumentos aducidos por las partes. Dicha certeza es significativa para evitar cualquier arbitrariedad o imposición en la resolución de una diferencia de opinión.

Para los fundadores de la pragma-dialéctica, una teoría de la argumentación primeramente requiere formular un procedimiento de discusión que proporcione una visión general de las reglas para la conducción de una discusión crítica, cuyo propósito, aseguran, no es maximizar el acuerdo sino poner a prueba puntos de vista que están siendo disputados de la manera más crítica posible, mediante una discusión crítica sistemática acerca de si éstos son sostenibles o no, lo cual constituirá una conducción de primer orden en una discusión crítica.⁹¹

En un segundo orden, se identifican las condiciones internas para una actitud de discusión razonable, entre las que se encuentran el estado mental en que

⁹⁰ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, cit., p. 134.

⁹¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 181-182.

se encuentran los discutidores,⁹² y en un tercer orden, se ubican las condiciones externas a cumplir a fin de conducir una discusión crítica adecuadamente, las cuales se relacionan con las circunstancias sociales en que ocurre la discusión, como las relaciones de poder o autoridad entre los participantes y las características especiales de la situación en la cual tiene lugar la discusión.⁹³ Para van Eemeren y Grootendorst, las condiciones internas del segundo orden y las condiciones externas del tercer orden son condiciones de orden superior para resolver las diferencias de opinión, de manera que si dichas condiciones de orden superior son satisfechas, la razonabilidad crítica puede realizarse plenamente en la práctica.⁹⁴

En general, las reglas del procedimiento de discusión pragma-dialéctica se relacionan con el comportamiento de quienes desean resolver sus diferencias mediante una discusión crítica, así como especificar la realización de ciertos actos de habla contribuyen a la resolución de una diferencia de opinión.⁹⁵ Dichas reglas implican una regulación metódica del discurso, cuya combinación integra un procedimiento de discusión dialéctica, que señala la estructura del proceso de resolución de una diferencia de opinión y especifica los actos de habla que cumplen un rol en el proceso.⁹⁶ Para Feteris, la aceptabilidad de las reglas de la discusión crítica no se basará en una necesidad metafísica, sino en su conveniencia para resolver disputas.⁹⁷ Como se puede apreciar, la pragma-dialéctica fija determinadas reglas para guiar el discurso crítico, mismas que apuntan a que los participantes en el discurso asuman determinados compromisos, con la finalidad de cooperar en la búsqueda conjunta de una solución de una diferencia de opinión.

2. Reglamentación de los actos de habla del discurso crítico

Ante la genérica dificultad de fijar las ideas en una conversación, la poca exactitud y claridad de fijar posturas y de entablarse en una discusión, sin intención

⁹² Cfr. *Ibidem*, pp. 182-183.

⁹³ Cfr. *Ibidem*, p. 183.

⁹⁴ Cfr. *Idem*.

⁹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 135.

⁹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 64.

⁹⁷ Cfr. Feteris, Eveline T. *Fundamentos de la Argumentación Jurídica...*, cit., p. 251.

de aclarar el punto que se discute,⁹⁸ la pragma-dialéctica fija determinadas reglas en las etapas de apertura, confrontación, argumentación y conclusión, a fin de resolver una diferencia de opinión.

Las reglas del procedimiento de discusión pragma-dialéctica deben especificar en qué casos la realización de ciertos actos de habla contribuye a la resolución de la diferencia de opinión.⁹⁹ Dichas reglas son indicativas de que el lenguaje puede ser significativo en la resolución de diferencias de opinión,¹⁰⁰ a lo cual se habría de agregar la pertinencia de respetar los roles de los participantes.¹⁰¹

Excede de los alcances de la presente investigación ahondar en los actos de habla que cada participante puede emplear en cada etapa de la argumentación, en tanto que el enfoque pragma-dialéctico que se busca enfatizar no recae en el uso del lenguaje, sino en la intervención de los participantes en el discurso. Lo que sí se podría adelantar es que dichas reglas al parecer se inscriben en un modelo idealizado, que cumple una función crítica, bajo el cual se identifique por dónde va de modo errado una discusión cotidiana, al facilitar la identificación de los elementos que han desaparecido o están representados de forma inadecuada.¹⁰² De esta manera, las reglas del discurso crítico se asocian con una participación pertinente en el discurso en aras de resolver una diferencia de opinión de manera racional. A continuación se realizará una breve referencia a las reglas de discusión crítica, a fin de contar con un panorama general de sus alcances y valorar su empleo en la orientación y evaluación del actuar del juez.

⁹⁸ Cfr. Platón, "Gorgias o de la Retórica", *Diálogos*, 32a. ed., s/t, México, Porrúa, 2012, p. 208.

⁹⁹ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, *cit.*, p. 135.

¹⁰⁰ En torno a la enunciación y explicación de los actos de habla susceptibles de emplearse en cada etapa de la argumentación, Véase Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Los actos de habla en las discusiones argumentativas...*, *cit.*, pp. 313-355.

¹⁰¹ Para simplificar la exposición de las reglas de la discusión crítica, nos basaremos en la obra *Una Teoría Sistemática de la Argumentación*. La vinculación de las reglas con los actos de habla se desarrolla en la obra *Los actos de habla en las discusiones argumentativas*. La enunciación completa de las reglas de discusión crítica en la obra *Una Teoría Sistemática de la Argumentación. La perspectiva pragmadialéctica* se encuentra disponible en el Anexo número 1.

¹⁰² Cfr. Eemeren, Frans H. van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, *cit.*, p. 39.

A. Externalización de la opinión en la etapa de la confrontación

En la etapa de confrontación los discutidores en una diferencia de opinión pueden presentar y poner en duda cualquier punto de vista y se prohíbe que otros sujetos impidan o eviten que otros sujetos hablantes hagan lo mismo.¹⁰³ El presentar o poner en dudas puntos de vista, se vincula con la externalización de las disputas, que exige que los hablantes formulen óptimamente sus actos de habla y los oyentes los interpretan óptimamente (Regla 1).¹⁰⁴

La regla en cuestión busca permitir igualmente la intervención de un participante (protagonista) que sustente una postura o un punto de vista (acto de habla asertivo), susceptible de ser cuestionado por otro individuo (antagonista). Lo anterior advierte la intención de permitir la intervención de los participantes, sin limitar su participación.¹⁰⁵ La exigencia que se identifica en esta primera etapa es que se exprese o externalice el punto de vista de una manera clara para identificar un panorama claro y concreto de los puntos a resolver en una diferencia y permitir que los interesados tomen parte en el discurso.

En una aproximación genérica se aprecia que prácticamente cualquier punto de vista puede ser empleado para una argumentación, aspecto que en campos específicos como en el Derecho, estarían sujetos a determinadas cuestiones formales y materiales que requerirían de una consideración previa por parte del argumentador.

Otro aspecto a destacar de esta etapa de confrontación se relaciona con la intervención libre y sin impedimentos de los participantes en el discurso, lo cual se desprende del carácter dialéctico de la interacción que, como se mencionó en un inicio, apunta al respeto de la oportunidad de intervención de los participantes en un discurso, que puede ser significativo para resolver una diferencia de opinión.

En Habermas, se postula igualmente el presupuesto de que la comunicación se da a partir de un discurso universalmente ampliado, en el que

¹⁰³ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Los actos de habla en las discusiones argumentativas...*, cit., pp. 315-316.

¹⁰⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 319-322.

¹⁰⁵ Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, cit., p. 136.

todos los posibles afectados tomen parte. Asimismo, los participantes pueden asumir una posición en la orientación hipotética frente a las pretensiones de validez de normas y maneras de proceder, lo que permitirá constituir la elevada intersubjetividad de cada uno con la perspectiva de todos.¹⁰⁶

Así, la etapa de confrontación procura permitir la participación de los interesados en el discurso para defender o atacar una opinión, así como la posibilidad de cuestionar cualquier punto de vista.

B. Fijación del punto de vista inicial en la etapa de apertura

En la etapa de apertura de la discusión los interlocutores deciden comenzar a discutir y hacer arreglos sobre la discusión de los roles y las reglas que gobiernan la discusión de los roles, las reglas propias de la argumentación y cómo debe conducirse la argumentación en la etapa de la conclusión.¹⁰⁷

La etapa de apertura alude a que no existe ninguna restricción para que cualquier discutidor desafíe a otro sobre cualquier punto de vista (Regla 2).¹⁰⁸ Igualmente, en la pragma-dialéctica adquiere particular importancia el contar con puntos de partida, así como reglas de discusión comúnmente compartidos. Si no existen los mismos puntos de partida ni las mismas reglas de discusión, el sujeto hablante no está obligado a defender su punto de vista.¹⁰⁹

La pertinencia de contar con un mismo punto de vista se relaciona con el llamado “derecho a desafiar” y con la “obligación de defender” que asumen los autores de la pragma-dialéctica, de manera que sea posible defender y poner en cuestión un punto de vista; de lo contrario, una discusión crítica se tornaría imposible sin contar con ciertas premisas y reglas de discusión compartidas (Regla 3).¹¹⁰

¹⁰⁶ Cfr. Habermas, Jürgen, “Acerca del uso...”, *cit.*, p. 19.

¹⁰⁷ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Los actos de habla en las discusiones argumentativas...*, *cit.*, p. 324.

¹⁰⁸ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría sistemática de la argumentación...*, *cit.*, p. 137.

¹⁰⁹ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Los actos de habla en las discusiones argumentativas...*, *cit.*, pp. 326-327.

¹¹⁰ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría sistemática de la argumentación...*, *cit.*, pp. 137-139.

Dicha regla está dirigida a externalizar la voluntad de entrar en discusión que puede esperarse de los discutidores involucrados en una disputa, así como en la distribución del peso de la prueba, el cual recae en el discutidor que tiene la obligación de defender un punto de vista.¹¹¹

A partir de la identificación de los puntos de partida y las reglas de la discusión, la pragma-dialéctica busca reglamentar la asignación de los roles de protagonista –aquel que defiende un punto de vista- y antagonista –aquel que cuestiona dicho punto de vista (Regla 4).¹¹²

Bajo este panorama, el desarrollo de una discusión crítica supone que el conocimiento de las premisas (puntos de partida o proposiciones) y de las reglas de discusión sean compartidos, lo que dará oportunidad para defender y atacar una postura. De esta manera, las Reglas 2, 3 y 4 de la discusión crítica son significativas para centrar el aspecto material y procedimental bajo el cual se desarrollará la discusión.

C. Defensa y ataque exitoso en la etapa de la argumentación

En la etapa de la argumentación adquieren relevancia las Reglas 5 a 13 de la discusión crítica, las cuales aluden en general a la manera en que el protagonista defiende exitosamente su punto de vista y al momento cuando el antagonista ataca exitosamente ese punto de vista.¹¹³

La fijación de la reglamentación del discurso es un punto clave para la etapa de la argumentación, en la cual es necesario establecer acuerdos relativos a las reglas bajo las cuales se debe conducir la discusión, lo que permitirá determinar la manera en cómo se va a defender el punto de vista inicial y su ataque exitoso (Regla 5).¹¹⁴ Esta regla, junto con aquellas de la confrontación y apertura, busca dar certeza y orden al desarrollo y decisión del conflicto. Así, la claridad en el punto de vista y en las reglas de la discusión revisten particular importancia para la solución de una

¹¹¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 139-140.

¹¹² Cfr. *Ibidem*, p. 140.

¹¹³ Cfr. *Ibidem*, p. 141.

¹¹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 142.

diferencia de opinión, dentro de la cual el protagonista y antagonista tendrán igualdad de oportunidades para la defensa y ataque.

La Regla 6, alude al empleo del acto de habla complejo de la argumentación que realizará el protagonista en defensa del punto de vista que adopta en la diferencia de opinión inicial o en la subdiferencia de opinión. Asimismo, dicha regla contempla que el antagonista puede atacar un punto de vista con el cuestionamiento del contenido proposicional o la fuerza justificatoria o refutatoria de la argumentación.¹¹⁵

A partir de lo anterior inicia la argumentación, basada en:

- Un procedimiento de identificación intersubjetiva, en el cual se considera que el protagonista ha defendido exitosamente el contenido proposicional del acto de habla complejo de argumentación, si dicho contenido proposicional es aceptado por el antagonista. De no aceptarse dicho contenido, el protagonista está obligado a retractarse del punto de vista (Regla 7).¹¹⁶

- Un procedimiento de prueba intersubjetivo, aplicable al cuestionamiento de la argumentación por su fuerza de justificación o de refutación. En este caso, se requiere considerar la admisibilidad y aplicación correcta del esquema argumentativo (Regla 8).¹¹⁷

- En el ataque y en la defensa del contenido proposicional o de la fuerza de justificación o refutación de manera concluyente. Se estima que el protagonista ha defendido concluyentemente un punto de vista, si ha defendido exitosamente tanto el contenido proposicional como la fuerza de justificación o refutación cuestionados por el antagonista (Regla 9).¹¹⁸

- La posibilidad del antagonista de cuestionar, a lo largo de la discusión, tanto el contenido proposicional como la fuerza de justificación o de refutación de

¹¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 143.

¹¹⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 144-146.

¹¹⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 147-149.

¹¹⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 149.

cada acto de habla complejo de argumentación del protagonista que no ha defendido exitosamente (Regla 10).¹¹⁹

- La posibilidad del protagonista de defender, a lo largo de la discusión, tanto el contenido proposicional como la fuerza de justificación o de refutación de cada acto de habla complejo de argumentación que haya realizado (Regla 11).¹²⁰

- La posibilidad del protagonista de retractarse de cualquier acto de habla complejo de argumentación que haya realizado y suprimir la obligación de defender dicho acto de habla (Regla 12).¹²¹

- En la conducción ordenada en una discusión crítica, que supone: que el protagonista y el antagonista pueden realizar el mismo acto de habla o el mismo acto de habla complejo con el mismo rol en la discusión solamente una vez; el protagonista y antagonista deben, a su vez, realizar un movimiento de actos de habla (complejos) con un rol particular en la discusión; el protagonista y el antagonista no pueden realizar más de un movimiento de actos de habla (complejos) a la vez (Regla 13).¹²²

D. Posibilidad de retractar el punto de vista inicial o las dudas en la etapa de clausura

Para concluir con las reglas de la discusión crítica, encontramos que en la etapa de clausura es preciso determinar en qué caso el protagonista y el antagonista se encuentran en la posibilidad de retractar, en un caso, el punto de vista inicial o, en el otro, las dudas, respecto del ataque o defensa que corresponda (Regla 14).¹²³

Una regla genérica aplicable a todas las etapas de la discusión crítica se refiere al permiso conferido al protagonista o al antagonista para solicitar que se aclare el punto de vista o la duda sobre el mismo, en caso de que estimen que no es clara la formulación (Regla 15).¹²⁴

¹¹⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 150.

¹²⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 150-151.

¹²¹ Cfr. *Ibidem*, p. 151.

¹²² Cfr. *Ibidem*, pp. 151-152.

¹²³ Cfr. *Ibidem*, pp. 152-153.

¹²⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 154.

Como se puede apreciar, los pragma-dialécticos establecen un procedimiento para la resolución de diferencias de opinión que destaca la consideración del rol de los participantes, la estructura argumentativa, así como el mantener claridad y precisión en los puntos sobre los cuales versará la argumentación. Lo anterior, es una aportación interesante de la pragma-dialéctica que requiere de una consideración especial en el discurso jurídico, con la finalidad de determinar cómo se puede orientar el actuar del juzgador.

3. *Violaciones a la etapa de discusión crítica*

Junto con la enunciación de las reglas de la discusión crítica, la pragma-dialéctica aporta un constructo adicional para identificar la violación a las mismas, lo cual se identifica bajo el tema de las falacias.

En general, el término falacia designa un argumento estructuralmente defectuoso, que busca engañar o despistar al interlocutor, ya sea mediante un argumento que da a una afirmación una apariencia de verdad o de fundamentación, pues tal argumento esconde alguna trampa o tiene alguna insuficiencia grave (falacia material) o cuando el argumento conduce a hacer una inferencia formalmente errónea, esto es, cuando se saca una conclusión que no se puede extraer de las premisas (falacia lógica).¹²⁵

En el pensamiento de Frans van Eemeren y Rob Grootendorst, las falacias adquirirán un significado particular en tanto que obstaculizan el proceso argumentativo, y así toda violación a las reglas de una discusión crítica puede hacer que la resolución de una diferencia sea más difícil, o incluso se obstruya, lo cual puede ocurrir en todas las etapas de una discusión crítica, y en donde cualquiera de las partes puede ser culpable de cometerlas.¹²⁶

Así, una falacia es “toda violación de cualquiera de las reglas del procedimiento de discusión para la conducción de una discusión crítica (por parte

¹²⁵ Cfr. García Amado, José Antonio, *Razonamiento Jurídico y Argumentación. Nociones Introductorias*, León, España, Eolas Ediciones, 2013, p. 67.

¹²⁶ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, cit., p. 159.

de cualquiera de las partes y en cualquier etapa de la discusión).¹²⁷ De esta manera, las falacias, no son errores ‘absolutos’ que pueden ser atribuidos simplemente a los discutidores por un analista que penetre la ‘esencia’ de la razonabilidad, sino que son pasos o movimientos en un discurso o texto argumentativo que son menos constructivos o incluso destructivos, en tanto que son violaciones de un sistema de reglas definido para la resolución de las diferencias de opinión que los discutidores aceptan de común acuerdo. Dicha noción, por tanto, requiere que se relacione con el modelo normativo de la discusión crítica destinada únicamente a los discutidores que la aceptan.¹²⁸

Para van Eemeren y Grootendorst el enfoque de las falacias propuesto es más amplio y específico que aquel tradicional centrado en la lógica, en tanto que abarca todas las violaciones a las reglas de discusión y no solamente los errores lógicos relacionados con la validez, y permite comprender por qué algo es considerado una falacia.¹²⁹ Desde el punto de vista de los actos de habla, “las falacias son actos de habla que intentan, por parte del hablante, hacer una contribución a la resolución de la disputa pero que a menudo de hecho obstruyen el camino a una resolución.”¹³⁰

Como se puede apreciar, la aproximación a las falacias se vincula con las reglas de la discusión crítica, las cuales designarán todas aquellas violaciones a las reglas que dificulten o impidan la resolución de una diferencia de opinión. Además, resulta conveniente identificar las etapas de la discusión crítica para identificar los movimientos que han impedido solucionar adecuadamente un problema.

Pese al redimensionamiento de las falacias, dicha postura no renuncia a la invocación de falacias tradicionales como petición de principio, *ad hominem*, *ad verecundiam* o *ad populum*, las cuales buscan englobar dentro de las distintas

¹²⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 169.

¹²⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 170.

¹²⁹ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Argumentación, Comunicación y Falacias...*, cit., p. 124.

¹³⁰ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Los actos de habla en las discusiones argumentativas...*, cit., p. 309.

etapas de la discusión crítica, con lo cual el enfoque pragma-dialéctico pretende ofrecer una alternativa más amplia al tratamiento lógico estándar de las falacias.¹³¹

En la etapa de confrontación, calificada como una violación grave del procedimiento dialéctico, se encuentra una falacia por violación a la Regla 1, cuya consecuencia es que las diferencias de opinión no son completamente externalizadas, ya sea por excluir a un discutidor de la participación en la discusión, por prohibir la expresión de un punto de vista o prohibir el cuestionamiento de un punto de vista, en cuyos casos, la diferencia de opinión no es completamente explicitada.¹³² Así, la falacia se presenta cuando no se externaliza completamente la disputa o no hay claridad en la enunciación de un punto de vista, en cuyo caso se puede iniciar una discusión, pero habrá una posibilidad de que los interlocutores asuman propósitos encontrados.¹³³ Adicionalmente, en esta etapa se encuentra la falacia consistente en dar mayor alcance al contenido proposicional frente a aquel pretendido por el protagonista, lo que conllevaría a que las soluciones a las disputas fueran irreales e ilusorias.¹³⁴ Aquí, el protagonista puede incurrir en una falacia de ambigüedad o que el antagonista atribuya un mayor alcance al contenido proposicional de aquel pretendido por el protagonista.¹³⁵

Las violaciones a las reglas en la etapa de apertura, pueden tener como consecuencia que el protagonista y el antagonista no lleguen a la etapa de la argumentación, debido a que el protagonista no es desafiado por el antagonista o a que el protagonista no acepta el desafío, no se externaliza la opinión o no se acuerden ciertas reglas de la discusión que sean aceptables para ambas partes.¹³⁶

En la etapa de la argumentación, las violaciones se pueden cometer cuando el protagonista expresa proposiciones no aceptadas por el antagonista en el procedimiento de identificación intersubjetiva; cuando se realiza una reconstrucción

¹³¹ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, cit., pp. 168-179.

¹³² Cfr. *Ibidem*, pp. 161-162.

¹³³ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Los actos de habla en las discusiones argumentativas...*, cit., p. 368.

¹³⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 369.

¹³⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 369-370.

¹³⁶ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, cit., pp. 163-164.

tendiente a distorsionar o negar una premisa implícita o se elige un esquema argumentativo inaceptable para el antagonista o se realiza un manejo incorrecto de las preguntas críticas que corresponden al esquema argumentativo.¹³⁷ Lo que está en cuestión es la aceptabilidad de las proposiciones y validez de los argumentos.¹³⁸

En la etapa de la clausura, la falacia se comete si pese al ataque o defensa concluyente, no se produce la retractación del punto de vista o las dudas del punto de vista inicial.¹³⁹

De manera más detallada, en el Capítulo Cuarto de la presente investigación se explorarán los alcances de las violaciones a las reglas de discusión crítica. Por ahora basta señalar que la pragma-dialéctica redimensiona las falacias para ubicarlas como violaciones a las reglas del procedimiento de una discusión. Con ello, la aproximación al discurso crítico se requiere ver tanto desde el seguimiento de unas reglas para resolver una controversia, como desde su posible violación.

VI. CÓDIGO DE CONDUCTA PARA DISCUTIDORES RAZONABLES

1. *Comportamiento exigido en relación con la libertad y los puntos de vista en una discusión crítica*

Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst formulan una propuesta de código de conducta para discutidores razonables, el cual busca clarificar las funciones que cumplen los participantes, las contribuciones que ayudan a resolver la disputa y las reglas que contribuyen a la resolución racional.¹⁴⁰ Dicho código constituye una lista de prohibiciones de pasos o movimientos de un discurso o texto argumentativo que

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 165-168.

¹³⁸ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Los actos de habla en las discusiones argumentativas...*, cit., p. 377.

¹³⁹ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, cit., p. 168.

¹⁴⁰ Cfr. Feteris, Eveline T., *Fundamentos de la Argumentación Jurídica...*, cit., p. 294.

impiden u obstruyen la resolución de una diferencia de opinión.¹⁴¹ Así, incurrir en una falacia no equivale a considerar una conducta poco ética, sino solamente se dirige a señalar lo incorrecto que resulta una violación a este tipo de reglas al frustrar los esfuerzos para resolver una disputa.¹⁴²

En este tema se aprecia que la atención se centra en los discutidores críticos, cuyo comportamiento incide en aspectos como la referencia a la libertad de los participantes en la discusión y la presentación de los puntos de partida que son objeto de la presente investigación.¹⁴³

A. Libertad de los participantes del discurso

La exigencia de la libertad de expresión significa que “no se les pone ninguna restricción, de ningún tipo, a los puntos de vista o argumentos que pueden ser presentados o criticados.”¹⁴⁴ Dicho requisito o mandamiento pretende que los puntos de vista se expresen libremente, a fin de saber en qué consiste esa diferencia y asegurar que la etapa de confrontación de una discusión crítica se complete adecuadamente, y así la Regla 1 refiere a que los discutidores no pueden impedirse uno al otro presentar puntos de vista o ponerlos en duda.¹⁴⁵

La libertad de los participantes se postula también en el discurso práctico de Habermas, para quien en las argumentaciones, los participantes tienen que partir de que todos los afectados participan como libres e iguales en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coacción permitida es la del mejor argumento.¹⁴⁶ En esta perspectiva, son los afectados quienes tienen que encontrar respuestas por sí mismos a las preguntas morales.¹⁴⁷

¹⁴¹ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, cit., p. 184.

¹⁴² Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Argumentación, Comunicación y Falacias...*, cit., p. 124.

¹⁴³ La referencia completa del código de conducta contenido en las obras *Una Teoría Sistemática de la Argumentación. La Perspectiva Pragmadialéctica* se encuentra contenida en el Anexo 2.

¹⁴⁴ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Argumentación, Comunicación y Falacias...*, cit., pp. 127.

¹⁴⁵ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, cit., p. 184.

¹⁴⁶ Cfr. Habermas, Jürgen, *Aclaraciones a la ética...*, cit., p. 17.

¹⁴⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 33.

Como se puede apreciar, en ambas posturas existe una intención por otorgar libertad a los participantes en un discurso en tanto que dicha cuestión incide en una óptima resolución de un conflicto. Bajo un esquema racional, es posible externar aserciones, defensas y justificaciones, susceptibles de aportar elementos bajo los cuales sea posible entender los orígenes de la controversia y las razones que cada parte tiene para defender o atacar una postura.

B. Precisión en los puntos de partida de la discusión crítica

Junto con la libertad otorgada a los participantes del discurso, el código de conducta para discutidores razonables alude a los puntos de vista y de partida de una discusión crítica. Así, en una segunda regla, se asume la obligación de defender el punto de vista que se ha presentado si se le solicita hacerlo, defensa que contribuye a que la diferencia de opinión no permanezca atascada.¹⁴⁸

La Regla 3 del código de conducta para discutidores razonables, refiere a que los puntos de vista pueden versar sobre cualquier tema que se exprese en las reglas de una discusión crítica, sin que se imponga ninguna condición respecto al tipo de proposición a que puede referirse el punto de vista.¹⁴⁹ De dicha regla, se desprende la pertinencia de que las proposiciones adoptadas en relación con los puntos de vista sean idénticas para ambas partes y no cambien inadvertidamente durante el curso de la discusión, ya que si se produce un cambio puede conducir a una resolución espuria. El respeto a la regla, pretende asegurar que los ataques se relacionen con un punto de vista que efectivamente haya sido presentado por el protagonista, si un antagonista o protagonista distorsionan el punto de vista original no es posible una resolución genuina de una diferencia de opinión.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, cit., p. 184.

¹⁴⁹ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Argumentación, Comunicación y Falacias...*, cit., p. 127.

¹⁵⁰ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, cit., pp. 143-144.

Así, el adecuado respeto por las reglas de la etapa de confrontación y apertura del código de conducta, son significativas para asegurar el óptimo desarrollo de la argumentación y dar una solución idónea a la diferencia de opinión.

En la etapa de la argumentación se exige: defender por medios argumentativos y relevantes los puntos de vista iniciales (Regla 4);¹⁵¹ no distorsionar ni exagerar las premisas implícitas a la otra parte y asumir la propia responsabilidad por las premisas implícitas para examinar críticamente la argumentación (Regla 5);¹⁵² y no presentar falsamente algo como si fuera un punto de partida aceptado o negar falsamente que algo sea un punto de partida aceptado (Regla 6).¹⁵³ Junto con el punto de partida, se precisan dos reglas que conciernen a la validez de una argumentación (Regla 7) y el esquema argumentativo (Regla 8).¹⁵⁴

En la etapa de clausura, se pretende asegurar que los participantes en el discurso crítico establezcan correctamente el resultado, basado en las defensas concluyentes de los puntos de vista o las expresiones de duda (Regla 9).¹⁵⁵

Una última regla refiere a la prohibición de malinterpretar deliberadamente las formulaciones de la otra parte, contenida en la Regla 10 que postula que “los discutidores no pueden usar ninguna formulación que sea insuficientemente clara o confusamente ambigua y no pueden malinterpretar deliberadamente las formulaciones de la otra parte.”¹⁵⁶ Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst señalan que dicha regla está diseñada para evitar los malos entendidos que surgen de formulaciones poco claras, vagas o equívocas en el discurso o texto, o en su caso de aquellos actos de habla de la otra parte, lo cual puede ocurrir en cualquier etapa de una discusión crítica, y pueden conducir a una “pseudodiferencia” de opinión o a una “pseudorresolución” de una diferencia de opinión.¹⁵⁷

Bajo las reglas referidas, los discutidores razonables deben asumir compromisos tendientes a permitir el debido respeto por la participación de los

¹⁵¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 184-185.

¹⁵² Cfr. *Ibidem*, p. 186.

¹⁵³ Cfr. *Idem*.

¹⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 186-187.

¹⁵⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 188.

¹⁵⁶ Cfr. *Idem*.

¹⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 188-189.

discutidores, respetar los puntos de partida sobre los cuales versará la discusión y emplear las estructuras argumentativas idóneas para sustentar la defensa, y en su caso, ataque de un punto de vista. Dichas reglas enfatizan y redimensionan el significativo rol que desempeñan quienes participan en un discurso crítico para resolver una controversia de una adecuada manera.

2. Violaciones al código de conducta para discutidores razonables

Las falacias dentro del código de conducta constituyen “cualquier violación de cualquiera de las reglas del código de conducta para argumentadores razonables (por cualquiera de las partes en cualquier etapa de la discusión)”.¹⁵⁸ Nuevamente se aprecia que en la perspectiva pragma-dialéctica, las falacias no están exclusivamente vinculadas con la validez de los argumentos, sino con reglas para argumentadores tendientes a resolver una diferencia de opinión.¹⁵⁹

La falta de acatamiento a las reglas advierte la intención de sacar ventaja cuando se quiere comunicar algo diferente o algo más de lo que se dice.¹⁶⁰

Así tenemos que las violaciones a la Regla 1 del código de conducta puede transgredirse al poner límites a los puntos de vista o dudas que pueden ser expresados o restringir la libertad de acción de una de las partes. La restricción de la libertad de acción de una de las partes se puede realizar al poner a la persona bajo presión para que no proponga un punto de vista cierto o una objeción o desacreditarla ante los ojos del público, al plantear dudas acerca de su conocimiento, integridad o credibilidad,¹⁶¹ que en conjunto representa un intento de eliminar a un participante de la discusión.¹⁶²

¹⁵⁸ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Los actos de habla en las discusiones argumentativas...*, cit., p. 379.

¹⁵⁹ Para el texto íntegro de las violaciones al código de conducta para discutidores razonables, Véase *Ibidem*, pp. 367-375.

¹⁶⁰ Cfr. Eemeren, Frans van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, cit., p. 60.

¹⁶¹ Cfr. *Ibidem*, p. 120.

¹⁶² Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Argumentación, Comunicación y Falacias...*, cit., p. 128.

Pese a la reformulación de las falacias, la pragma-dialéctica refiere a las falacias estándar para concretar la manera en la cual se pueden presentar las restricciones. En el caso de la Regla 1 encontramos *argumentum ad baculum*, *ad misericordiam* y *ad hominem*,¹⁶³ los cuales en ningún caso se encuentran dirigidos a los méritos intrínsecos del punto de vista o de la duda del oponente.¹⁶⁴

Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, sin embargo, identifican una excepción a la violación a la Regla 1, que ocurre cuando se presentan una o más restricciones que se le puedan imponer al ejercicio de la libertad de los participantes en un discurso, con la finalidad de facilitar un proceso ordenado y en cuya imposición de restricciones medie el acuerdo directo o indirecto de los involucrados, como acontece en el ámbito legal, al imponer requisitos para la sentencia o inadmisibilidad de un testimonio, por ejemplo.¹⁶⁵

La evasión del peso de la prueba de presentar el punto de vista desde la partida, como si no hubiese necesidad de defenderlo, constituye una violación a la Regla 2.¹⁶⁶ La transgresión a la Regla 3 se presenta cuando el punto de vista atacado no fue originalmente propuesto por el protagonista, ya sea porque el punto de vista original fue distorsionado (mediante mecanismos como la simplificación, exageración, absolutización, generalización y la omisión de connotaciones o precisiones)¹⁶⁷ o porque se atribuyó al oponente un punto de vista ficticio (falacia del espantapájaros), lo cual puede suceder a lo largo de todas las etapas de la discusión.¹⁶⁸ De no existir ninguna semejanza entre el punto de vista que se ataca y el original, señalan los pragma-dialécticos que la discusión adquiere un “aire misterioso” o “fantasmal”.¹⁶⁹ Las violaciones a la regla de relevancia (Regla 4), se manifiestan cuando la argumentación no tiene relación con el punto de vista

¹⁶³ Cfr. Eemeren, Frans van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, cit., pp. 120-122.

¹⁶⁴ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Argumentación, Comunicación y Falacias...*, cit., p. 130.

¹⁶⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 131-132.

¹⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 136-142.

¹⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 146-148.

¹⁶⁸ Cfr. Eemeren, Frans van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, cit., pp. 126-128.

¹⁶⁹ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Argumentación, Comunicación y Falacias...*, cit., p. 145.

adelantado en la etapa de confrontación o es irrelevante la argumentación empleada –al recurrir a emociones, sentimientos o predisposiciones de la audiencia.¹⁷⁰ Relacionado con la claridad de la discusión, se ubican las violaciones a la premisa implícita, que exagera la premisa para atacar el punto de vista o niega una premisa implícita (Regla 5);¹⁷¹ y violaciones a la regla del punto de partida en la argumentación que supone una presentación de una premisa como perteneciente a los puntos de partida comunes o negación de una premisa que en verdad pertenece a los puntos de partida (Regla 6).¹⁷²

En la etapa argumentativa propiamente se consideran como violaciones al código de conducta el emplear un esquema argumentativo inapropiado o usar incorrectamente un esquema argumentativo apropiado (Regla 7);¹⁷³ indebido empleo en la utilización de las formas lógicas de argumentación, que ocurriría por ejemplo al confundir condiciones necesarias con condiciones suficientes o confundir las propiedades de las partes con las del todo (Regla 8).¹⁷⁴

En cuanto a las violaciones de la regla de cierre, se ubica la omisión de retractarse del punto de vista inicial, en caso de una defensa fallida, o de las dudas acerca del punto de vista inicial, que acontecería con una defensa concluyente (Regla 9).¹⁷⁵

Finalmente, la violación a la Regla 10 del código de conducta, aplica a todas las etapas de la discusión y se verifica al manipular la falta de claridad (en lo estructural, implícito, indefinido o la falta de familiaridad o la vaguedad) o la ambigüedad (al explotar la ambigüedad referencial, la sintáctica o la semántica).¹⁷⁶

Por lo expuesto, la pragma-dialéctica aporta interesantes elementos para analizar el discurso, en donde además de considerar las premisas, puntos de partida y estructuras argumentativas sobre las cuales se buscará resolver una opinión, se

¹⁷⁰ Cfr. Eemeren, Frans van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, cit., pp. 128-130.

¹⁷¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 131-132.

¹⁷² Cfr. *Ibidem*, pp. 136-138.

¹⁷³ Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Argumentación, Comunicación y Falacias...*, cit., pp. 175-186.

¹⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 187-200.

¹⁷⁵ Cfr. Eemeren, Frans van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, cit., pp. 143-144.

¹⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 144.

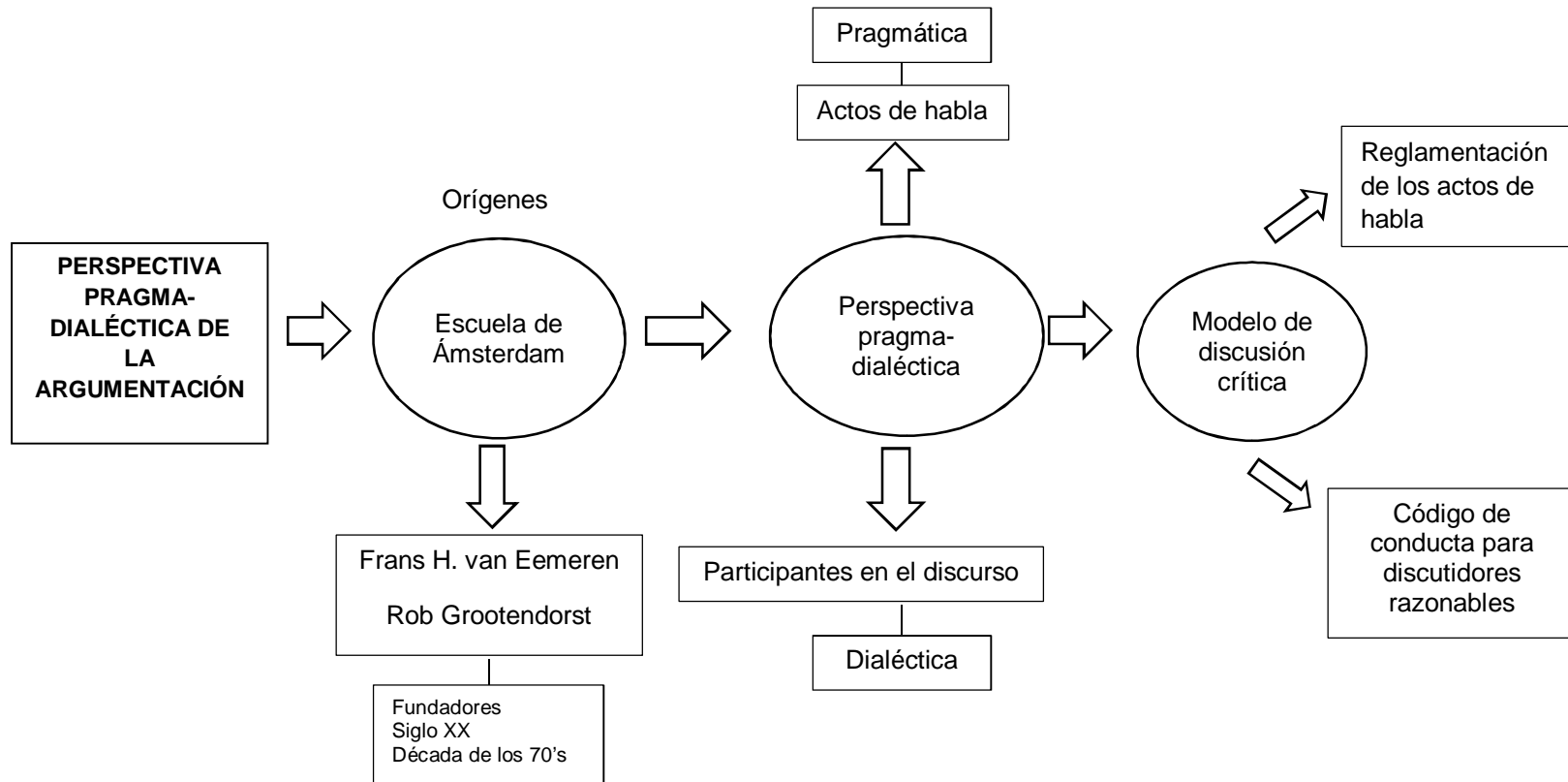
considera el actuar de los participantes en el discurso, cuyo comportamiento aparentemente es significativo para resolver una controversia. Es en este punto en donde indagaremos si dichas reglas pueden ser susceptibles de aplicarse en el discurso jurídico y si en un momento dado, pueden coadyuvar en el análisis del actuar del juzgador en la decisión judicial.

VII. CONSIDERACIONES FINALES DEL CAPÍTULO PRIMERO

La perspectiva pragma-dialéctica ofrece un modelo de análisis y evaluación argumentativo, el cual incluye una serie de reglas encaminadas a conducir la resolución de la controversia de una manera racional. Si bien se aprecia una limitante de la pragma-dialéctica por la ausencia de un criterio o valor bajo el cual se deba conducir la argumentación, es destacable el énfasis puesto en el rol de los participantes en la discusión para resolver una controversia.

En el siguiente capítulo se abordará la aplicación de la pragma-dialéctica en el análisis y evaluación de la argumentación jurídica, a partir de lo cual buscaremos proponer criterios adicionales para emplear la pragma-dialéctica en la orientación del actuar razonable del juzgador.

ESQUEMA DEL CAPÍTULO PRIMERO



Notas en torno al esquema del Capítulo Primero: El presente esquema retoma los temas que han sido objeto de estudio dentro de un marco introductorio a la perspectiva pragma-dialéctica de la argumentación. Dichos temas representan el punto de partida para el desarrollo de la presente investigación.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ENFOQUE PRAGMA-DIALÉCTICO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

“El corazón de un hombre tiene que ser continuamente purificado, purgado y enjuagado, cuando duerme y cuando está despierto, cada día del año sin excepción, y aun así es fácilmente mancillado.”¹⁷⁷

¹⁷⁷ Yuzan, Daidoji, *El Código del Samuráy. El espíritu del Bushido japonés y la vía del guerrero*, versión de A.L. Sadler, Madrid, Edaf, 1998, p. 103.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ENFOQUE PRAGMA-DIALÉCTICO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I. PANORAMA GENERAL

El presente capítulo tiene por objetivo exponer las aportaciones que la pragma-dialéctica ha realizado en el análisis y evaluación de la argumentación jurídica. En esta tesitura indagaremos el presupuesto racional de la argumentación jurídica, los alcances de considerar la argumentación jurídica como una discusión crítica, específica e institucionalizada, así como la propuesta de emplear las reglas de discusión crítica en el actuar del juzgador.

Dicha exposición representa el preámbulo para explorar en los siguientes capítulos una posible aplicación adicional de las reglas de discusión crítica para orientar el actuar razonable del juzgador.

II. EL PRESUPUESTO RACIONAL DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. *Generalidades de las teorías procedimentales*

La aproximación a las teorías procedimentales es significativa en tanto que permitirá apreciar la manera en que la adopción o corrección de una norma depende del acatamiento de determinadas reglas discursivas. Dicho tema contribuirá a identificar las aportaciones, o en su caso limitaciones, de la pragma-dialéctica en el ámbito de la argumentación jurídica.

En un primer acercamiento, Jürgen Habermas refiere a tres posibles concepciones del habla argumentativa, a saber: como un proceso, un procedimiento o en la producción de argumentos. Considerada como un proceso, se trata de una forma de comunicación infrecuente y rara, por tratarse de una forma de comunicación que ha de aproximarse a condiciones ideales. Aquí, Habermas indica que los participantes en la argumentación tienen que presuponer la

estructura de su comunicación, la cual excluye toda otra coacción distinta a la del mejor argumento, externo a ese proceso de argumentación.¹⁷⁸

En la argumentación como un procedimiento, aquélla adquiere una forma de interacción sometida a una regulación especial, que supone una división cooperativa del trabajo entre proponentes y oponentes quienes tematizan una pretensión de validez que se ha vuelto problemática y examinan con razones, y sólo con razones, si procede reconocer o no la pretensión defendida por el proponente - exonerados de la presión de la acción y la experiencia, en una situación hipotética.¹⁷⁹

Agrega Habermas que la argumentación puede ser considerada desde un tercer punto de vista, que tiene por objeto producir argumentos pertinentes, que convengan en virtud de sus propiedades intrínsecas, y a partir de los cuales puede obtenerse un reconocimiento intersubjetivo para la pretensión de validez.¹⁸⁰

Bajo las anteriores consideraciones, el procedimiento en el habla argumentativa requiere de: una regulación, la intervención de los participantes y la exposición de razones para defender una pretensión. Este procedimiento a su vez, adquiere una particular relevancia si se vincula con la corrección, y en su caso, validez de las normas. La necesidad de brindar sistematización y orden a dicho procedimiento conduce al desarrollo de teorías procedimentales de la argumentación, que como se podrá apreciar, adquieren especial relevancia para el Derecho, al contribuir determinar la validez y en su caso corrección de las normas.

Así, Robert Alexy apunta que las teorías procedimentales suponen que una norma es correcta si y sólo si puede ser el resultado de P,¹⁸¹ lo cual implica el seguimiento de un sistema de reglas del discurso que expresa las condiciones de la argumentación práctica racional.¹⁸²

¹⁷⁸ Cfr. Habermas, Jürgen, *Teoría de la Acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus 1987, t. I, p. 46.

¹⁷⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 46-47.

¹⁸⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 47.

¹⁸¹ Cfr. Alexy, Robert, "Problems of Discourse Theory", *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, México, vol. XX, núm. 58, Abril 1988, p. 44.

¹⁸² Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2010, p. 226.

Para las teorías procedimentales, un discurso práctico es racional si satisface las siguientes reglas: 1) reglas válidas para toda argumentación práctica racional, como la no contradicción, la universalidad, la claridad lingüística y conceptual, la verdad empírica, la atención por las implicaciones, la ponderación; 2) las reglas de libertad e igualdad entre las personas, que garantizan que todos los argumentos son puestos en consideración, que ninguno es excluido y garantizan que cada argumento es expuesto bajo las condiciones de la libertad y de la igualdad a la crítica subjetiva, de tal modo que los argumentos se realizan en el plano de la neutralidad y objetividad;¹⁸³ y 3) reglas que refieren a consideraciones acerca de las consecuencias, el peso de las razones y el análisis de la génesis de las convicciones normativas.¹⁸⁴ El seguimiento de reglas discursivas busca la imparcialidad del discurso, libertad e igualdad en la argumentación.¹⁸⁵

De lo expuesto, se aprecia que tanto Habermas como Alexy postulan la intención de permitir la participación (libre e inclusiva) de individuos en una discusión, así como la relación entre procedimiento y corrección, que supone que el seguimiento de una serie de reglas discursivas conlleva a postular un enunciado correcto o verdadero. La similitud con la pragma-dialéctica radica en el seguimiento de reglas, la interacción entre los participantes en un discurso y la necesidad de emplear razones para exponer, o en su caso, atacar una opinión. Sin embargo, la pragma-dialéctica ofrecerá una serie de matices en el seguimiento de reglas que se estiman convenientes retomar a efecto de orientar el actuar del juzgador, en los términos de la presente investigación.

2. La razón práctica subyacente en la argumentación jurídica

Un tema adicional que es menester abordar es la razón práctica. Si bien dicho tema ameritaría un estudio exhaustivo y pormenorizado, la referencia al

¹⁸³ Cfr. Alexy, Robert, "Justicia como corrección", trad. de Ana Inés Haquín, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, núm. 26, 2003, pp. 165-166.

¹⁸⁴ Cfr. Alexy, Robert, "Problems of Discourse...", *cit.*, p. 46.

¹⁸⁵ Cfr. Alexy, Robert, "Discourse Theory and Human Rights", *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, vol. 9, núm 3, Septiembre 1996, p. 211.

mismo busca identificar el papel que desempeña la voluntad, la libertad, la realización de determinados propósitos, así como la necesidad de dar certeza y objetividad en la adopción de decisiones.

Immanuel Kant afirmaba que en el uso de la razón práctica, la razón se ocupa de los motivos determinantes de la voluntad, la cual es una facultad que produce objetos correspondientes a las representaciones o se determina así misma para lograrlos.¹⁸⁶ La diferencia entre la razón pura y la razón práctica radica en que, la razón pura requiere que se explique cómo son posibles a priori intuiciones sin las cuales no podría dárseles objeto alguno ni conocerse ninguno sintéticamente, mientras que la razón práctica requiere explorar cómo la razón puede determinar la máxima de la voluntad.¹⁸⁷

A partir de lo anterior, Kant enuncia los principios de la razón práctica pura, los cuales “son proposiciones que tienen una determinación universal de la voluntad que tiene bajo sí varias reglas prácticas. Son subjetivos o máximas cuando la condición es considerada por el sujeto como válida solamente para su voluntad; objetivas o leyes prácticas cuando la condición se reconoce como objetiva, esto es, válida para todo ser racional.”¹⁸⁸ En este esquema, la objetividad supone dejar de centrar la sensación de agrado o desagrado, placer o dolor, como una condición subjetiva, en tanto que dichas sensaciones pueden fungir como máxima para el sujeto, pero no como regla, al experimentarse de distinta manera entre los individuos.¹⁸⁹ En esa búsqueda por la objetividad y la universalidad, surge la referencia a la ley moral, la cual determina positivamente a un mundo del entendimiento puro, y así mediante la razón tenemos conciencia de una ley a la cual están sometidas todas nuestras máximas.¹⁹⁰ En esta ley moral, aparece la libertad, -que ocupa el lugar de la deducción en la razón pura-, que demuestra la posibilidad y realidad de entes que consideran obligatoria la ley moral.¹⁹¹

¹⁸⁶ Cfr. Kant, Immanuel, *Crítica de la Razón Práctica*, trad. de J. Rovira Armengol, Buenos Aires, Losada, 1961, p. 18.

¹⁸⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 52.

¹⁸⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 23.

¹⁸⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 24-32.

¹⁹⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 50-51.

¹⁹¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 53-54.

Bajo la razón práctica se busca explorar los motivos determinantes de la voluntad, así como las condiciones de objetividad insertas en dichos motivos, lo cual exhorta a alejar cualquier sensación, interés o condición aplicable sólo a un individuo en particular. Aquí, la razón práctica refleja hasta cierto punto que los intereses, sensaciones y apreciaciones individuales tienen una validez restringida, y que en todo caso, la voluntad ha de estar encauzada para buscar aquellas condiciones que son válidas para todos los seres racionales. Desde luego, dicha exigencia impone un reto considerable en tanto que es preciso indagar cuáles son esos criterios que son válidos para todos los seres racionales, y si en su caso, existe algo que pueda rescatarse de esas sensaciones y apreciaciones individuales, temas que exceden de los alcances de la presente investigación.

Para Jürgen Habermas, la razón práctica representa la facultad de fundamentar imperativos, de manera que no sólo aspira a lo posible y a lo adecuado de los fines, sino también a lo bueno, en tanto que se mueve en el terreno de la ética.¹⁹² Así, la razón práctica se dirige al arbitrio del actuar racional, a la fuerza de decisión del auténtico realizarse o a la voluntad libre del sujeto moralmente apto para juzgar. A su vez, la razón práctica da lugar a un discurso ético-existencial, en el cual los pasos de argumentación no deben ser idiosincráticos, sino que tienen que permanecer intersubjetivamente realizables, y en el cual la razón y voluntad se determinan recíprocamente.¹⁹³ Con ello, afirma Habermas que el discurso práctico-moral se desliga de la perspectiva orientada hacia el éxito propio y la vida propia, a la que aún permanecen atadas las reflexiones pragmáticas.¹⁹⁴ Aquí, Habermas vincula el ámbito de la razón práctica con la ética, lo que supone considerar un discurso ético-existencial, que permita aspirar a lo adecuado de los fines y a lo bueno, que a su vez permite evitar que se consigan objetivos egoístas.

La referencia a la razón práctica dentro de la argumentación, supone que la actividad del jurista no está guiada exclusivamente por el propio éxito, sino por la idea de la corrección y pretensión de la justicia, lo que integra uno de los rasgos

¹⁹² Cfr. Habermas, Jürgen, "Acerca del uso...", *cit.*, pp. 13-16.

¹⁹³ Cfr. *Ibidem*, pp. 17-18.

¹⁹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 21.

característicos de la concepción del enfoque argumentativo del Derecho.¹⁹⁵ Para Juan Antonio García Amado, el Derecho es un área de la razón práctica, la cual entra en juego al ser necesario elegir entre alternativas de comportamiento bajo condiciones de incertidumbre.¹⁹⁶ La razón práctica permite distinguir cuál es la valoración objetivamente mejor, de entre tales valoraciones, o si sólo caben opiniones puramente subjetivas.¹⁹⁷

De lo expuesto, se colige que la razón práctica supone la identificación de una libertad para elegir entre dos alternativas posibles, la cual requiere estar encaminada hacia determinados fines, lo que evoca a considerar el terreno de lo ético, a fin de proscribir las propias ideas, emociones o sensaciones. En el ámbito jurídico, la razón práctica impone una limitación en la adopción de decisiones, ya que éstas requieren un presupuesto racional orientado hacia determinados fines con una base generalizada, no sujeta a preferencias individuales.

3. *La argumentación jurídica como caso especial del discurso racional práctico*

En el tema de la argumentación jurídica como un caso especial de la argumentación práctica, adquieren relevancia las posturas de Aleksander Peczenik y Robert Alexy, las cuales permiten explorar la manera en que el Derecho impone determinadas exigencias y particularidades a la actividad argumentativa.

Para Peczenik, la argumentación jurídica como un caso especial de la argumentación práctica implica dar respuesta a cuestiones prácticas, esto es, de decidir lo que uno hará o puede hacer; dicha respuesta pretende ser correcta al estar basada en razones y ser recta al ponderar principios (en casos difíciles), prestar atención a los principios morales relevantes y ser razonable dentro del marco del Derecho válido.¹⁹⁸

¹⁹⁵ En torno a los rasgos característicos de la concepción del enfoque argumentativo del Derecho, Véase Atienza, Manuel, *El Derecho como Argumentación*, México, Fontamara, 2004, pp. 124-126.

¹⁹⁶ Cfr. García Amado, Juan Antonio, *Razonamiento Jurídico y Argumentación...*, cit., p. 81.

¹⁹⁷ Cfr. *Idem*.

¹⁹⁸ Cfr. Peczenik, Aleksander, *Derecho y razón*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2000, p. 12.

En Robert Alexy la argumentación jurídica se sitúa en ámbito de los discursos prácticos.¹⁹⁹ Genéricamente, el discurso representa un conjunto de acciones interconectadas en el que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones.²⁰⁰ El carácter práctico implica que los discursos se ocupan tanto de la comprobación de intereses comunes y la solución correcta de los conflictos de intereses.²⁰¹ En este esquema, Alexy concibe al discurso racional práctico como “un procedimiento para probar y fundamentar enunciados normativos y valorativos por medio de argumentos”.²⁰² Para dicho autor, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, en virtud de que la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadas, como la sujeción a la ley, precedentes, en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como las reglas del ordenamiento procesal.²⁰³ La especialidad en el discurso jurídico refiere a lo que es correcto dentro de un sistema jurídico, lo cual depende de lo establecido autoritativa o institucionalmente y su ajuste al sistema.²⁰⁴

En el tema de la corrección, es conveniente referir nuevamente a Peczenik, para quien la coherencia, consenso y el éxito pragmático son criterios de corrección que indican que un sistema de normas o de valores es correcto, y así el autor propone que es posible aproximarnos al ideal de corrección bajo el cual cuanto más coherente es un sistema de normas o valores, mayor es la probabilidad de que sea aceptado unánimemente en un discurso que cumple las exigencias y sinceridad, apertura, imparcialidad y atribución de la carga del argumento, y de que la aceptación de un sistema de normas o de valores pueda ayudar a un individuo a lograr sus fines.²⁰⁵ Para Peczenik, el sistema de normas o de valores más coherente que sobrevive al discurso más racional es el más estable, y en donde la coherencia y la racionalidad del discurso disminuyen el riesgo de que un enunciado normativo

¹⁹⁹ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, cit., p. 231.

²⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 254.

²⁰¹ Cfr. Alexy, Robert, “La institucionalización de la razón”, *Persona y Derecho*, Navarra, España, núm. 43, 2000, p. 231.

²⁰² Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, 6a. ed., trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2014, p. 39.

²⁰³ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, cit., p. 46.

²⁰⁴ Cfr. Alexy, Robert, “La institucionalización...”, cit., pp. 247-248.

²⁰⁵ Cfr. Peczenik, Aleksander, *op. cit.*, p. 50.

o valorativo exprese meramente un sentimiento accidental que uno experimenta en un instante y pronto olvida, y así el consenso estable entre los diversos miembros de la sociedad facilita la coexistencia pacífica y la cooperación eficiente, lo cual promueve el éxito pragmático.²⁰⁶

Bajo las posturas mencionadas se desprende que la argumentación jurídica representará un conjunto de acciones tendientes a adoptar una decisión razonada basada en normas, principios y conceptos jurídicos coherentes.

4. Notas de la Teoría de la Argumentación Jurídica

La noción de la razón práctica y la consideración de la argumentación jurídica como un caso especial del discurso racional práctico permite asentar las bases generales para la comprensión de la Teoría de la Argumentación Jurídica, dentro de la cual se busca identificar las aportaciones y limitaciones que ofrece la perspectiva pragma-dialéctica.

En general, las corrientes que explican la Argumentación Jurídica afirman que toda decisión jurídica requiere el respaldo de un aparato discursivo, en el que estén presentes el diálogo intersubjetivo y el consenso alcanzado bajo ciertas reglas de procedimiento.²⁰⁷ En general, se identifican cinco rasgos característicos que abordan las posturas de la Teoría de la Argumentación Jurídica, a saber: 1. La afirmación de la racionalidad práctica de las decisiones jurídicas en el Estado Constitucional de Derecho; 2. La existencia de una racionalidad dialógica, lo cual implica que el criterio de racionalidad de cualquier decisión jurídica sólo puede darse por la vía del diálogo; 3. La doctrina consensualista, que supone que el producto racional se construye mediante el diálogo, de manera que dicha discusión acaba siempre en un acuerdo o consenso que representa el sentido conclusivo de la actividad racional de decisión jurídica; 4. La teoría procedimental de la racionalidad, que supone que la argumentación jurídica utilizó como patrón de medida de la racionalidad del consenso, así como un cumplimiento a las reglas del procedimiento,

²⁰⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 51.

²⁰⁷ Cfr. Suárez Romero, Miguel Ángel y Conde Gaxiola, Napoleón, *Argumentación Jurídica*, México, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 10.

que podrían resumirse en que todos pueden ser interlocutores y en que todos pueden participar en el diálogo en circunstancias de igualdad, libertad y sin ninguna coacción, y 5. La existencia de varias decisiones correctas.²⁰⁸

En vinculación con el Capítulo Primero, en general se aprecia que la perspectiva pragma-dialéctica retoma la racionalidad dialógica y la teoría procedimental de la racionalidad, con ciertas modificaciones a las reglas del procedimiento. Por lo que concierne a la racionalidad práctica, ésta se encuentra presupuesta en el andamiaje teórico de la pragma-dialéctica; la única salvedad es que no se aprecia referencia directa con el Estado de Derecho. En cuanto al carácter consensualista, ya se adelantaba que pese al diálogo, al parecer la pragma-dialéctica no enfatiza la noción del consenso, ni se pronuncia en torno a las decisiones correctas en la argumentación.

A continuación se explorarán las notas de la argumentación jurídica desde la perspectiva pragma-dialéctica, a partir de lo cual en los siguientes capítulos se buscará identificar un posible empleo adicional de la pragma-dialéctica para orientar el actuar razonable del juzgador.

III. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO UNA DISCUSIÓN ESPECÍFICA E INSTITUCIONALIZADA

1. La noción de argumentación jurídica desde la perspectiva pragma-dialéctica

El desarrollo teórico de la argumentación jurídica desde el enfoque de la pragma-dialéctica retoma el núcleo del modelo ideal de discusión crítica y del código de conducta para discutidores razonables, que especifican las etapas a atravesar en una diferencia de opinión y los actos de habla que contribuyen a su resolución.²⁰⁹

²⁰⁸ Cfr. Suárez Romero, Miguel Ángel, "La Argumentación Jurídica y el Pensamiento de Luis Recaséns Siches. Un Análisis Retrospectivo", en Ramos García, Jaqueline Alejandra, *et. al.*, *Luis Recaséns Siches*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pp. 125-127.

²⁰⁹ Cfr. Feteris, Eveline y Kloosterhuis, Harm, "The analysis and evaluation of legal argumentation: approaches from legal theory and argumentation theory", *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, Bialystok, Polonia, vol. 16, núm. 29, 2009, p. 320.

Bajo este eje, Eveline T. Feteris considera a la argumentación jurídica como una forma de argumentación específica e institucionalizada, que forma parte de una discusión crítica orientada a resolver una disputa, en donde el comportamiento de las partes y del juez representa un esfuerzo por resolver una diferencia de opinión.²¹⁰ De manera análoga, Harm Kloosterhuis concibe a la argumentación como parte de una discusión conducida de acuerdo al criterio de una discusión crítica, que supone que, junto con cuestiones sustantivas de aceptabilidad de las premisas y la pregunta formal de validez lógica de la derivación en razonamiento interpretativo, existen estándares procedimentales de juicio que son relevantes.²¹¹

En esta primera aproximación del enfoque pragma-dialéctico, es posible concebir a la argumentación jurídica como una actividad verbal, social y racional destinada a la resolución de una diferencia de opinión jurídica, guiada bajo el seguimiento de estándares, aplicables tanto al procedimiento como al comportamiento de los participantes en el discurso.

2. Las partes y el juez como discutidores razonables

En general, el discurso jurídico se concibe como cualquier razonamiento verbalizado conectado con problemas jurídicos que se espera sean tratados de una manera racional, integrado por el área de la actividad de hacer, aplicar y describir el Derecho, así como la solución de una controversia y justificación de una decisión.²¹² Conforme se ha adelantado, una de las particularidades de la pragma-dialéctica es el énfasis en la intervención de los participantes en el discurso, que en un proceso judicial, los discutidores razonables se personificarían en las partes en el juicio y en el juzgador, quienes podrían participar en las siguientes discusiones:

²¹⁰ Cfr. Feteris, Eveline T., *Fundamentos de la Argumentación Jurídica...*, cit., p. 257.

²¹¹ Cfr. Kloosterhuis, Harm, "The Rule of Law and the Ideal of a Critical Discussion", en Dahlman, Christian y Feteris, Eveline (ed.), *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives*, Dordrecht, Heidelberg, Nueva York, Londres, Springer, 2003, p. 74.

²¹² Cfr. Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, México, Fontamara, 2008, pp. 45-46.

- a) Discusión entre las partes, la cual se evalúa respecto a si la pretensión del protagonista (el demandante, si tomamos como base un proceso civil) se puede defender en contra de las reacciones críticas del antagonista (demandado en un proceso civil).²¹³
- b) Discusión (implícita) entre las partes y el juez, la cual está centrada en revisar si las pretensiones del protagonista se pueden defender en contra de las reacciones críticas que erige el juez como antagonista institucional. De esta manera, el juzgador debe determinar si la pretensión es aceptable a la luz de las reacciones críticas de la otra parte y la evaluación de las reglas que deben tomarse en consideración cuando se evalúan argumentos en un proceso jurídico.²¹⁴
- c) En el tercer tipo de discusión racional se ubica en el momento en que el juzgador presenta su decisión, la cual será sujeta a un examen crítico a la audiencia a la que está dirigido. Esta audiencia puede consistir en las partes, los jueces jerárquicamente superiores, otros abogados y la comunidad jurídica en lo general. En este esquema, el juez debe presentar argumentos para sustentar su decisión, especificar los hechos y las normas jurídicas subyacentes en la decisión. Desde la pragma-dialéctica, la justificación forma parte de la discusión entre el juez y posibles antagonistas: la parte que apelaría la decisión y el juez de apelación, de manera que en la justificación, el juez anticipa posibles formas de reacciones críticas que pudieran invocar los posibles antagonistas.²¹⁵

Para Feteris, existen situaciones en las cuales los participantes no pueden cumplir con los requerimientos idealizados (de una discusión racional). Ante ello, existen procedimientos institucionalizados para la resolución de conflictos, los

²¹³ Cfr. Feteris, Eveline T., "A dialogical theory of legal discussion: A pragma-dialectical analysis and evaluation of legal argumentation", *Artificial Intelligence and Law*, Dordrecht, Países Bajos, vol. 8, núm. 2, Septiembre 2000, p. 119.

²¹⁴ Cfr. *Idem*.

²¹⁵ Cfr. *Idem*.

cuales se encuentran supervisados por un tercero neutral, que tenga que compensar las deficiencias en el comportamiento de los participantes.²¹⁶ En esta tesitura, el juez adquiere un carácter de antagonista crítico, que desde la pragma-dialéctica se puede calificar como un “juez racional extrainstitucional” de las pretensiones y argumentos, quien deberá revisar los hechos, las reglas jurídicas aplicables a los hechos y si las pretensiones se siguen de los hechos.²¹⁷ En este supuesto, las preguntas críticas, los estándares de evaluación y los esquemas para una decisión final no sólo sirven como directivas para la decisión del proceso, sino que constituyen normas para la justificación de la decisión.²¹⁸

En términos generales, la dinámica de la pragma-dialéctica alude a que las partes reaccionan o se anticipan a ciertas formas de duda crítica, en donde además de la discusión entre las partes, se encuentra una discusión entre las partes y el juez enfocada en revisar si el reclamo del protagonista se puede defender en contra de las reacciones críticas del juzgador, que interviene bajo un carácter de antagonista institucional. Así, el juez tiene que revisar si la pretensión es aceptable a la luz de ciertos puntos de partida iniciales y reglas de evaluación que deben tenerse en cuenta al evaluarse argumentos en un proceso legal. En la decisión judicial, el juez se somete a examen crítico de la audiencia a la cual se dirige (integrada por las partes, jueces superiores, abogados y la comunidad jurídica en su conjunto), para lo cual requiere presentar argumentos que justifiquen su decisión e igualmente debe especificar los hechos, normas jurídicas y otras consideraciones (tales como métodos de interpretación o principios jurídicos) que subyacen en su decisión. Así, la justificación forma parte de la discusión, en la cual el juez anticipa las reacciones críticas que pueden presentar los antagonistas.²¹⁹

En este esquema, Kloosterhuis adelanta la crítica efectuada a la pragma-dialéctica, que señala que el juez no tiene un punto de partida de una discusión,

²¹⁶ Cfr. Feteris, Eveline T., “The judge as a critical antagonist in a Legal Process: A pragma-dialectical perspective”, en McKerrow, Raymie E. (ed.), *Argument and the Postmodern challenge: Proceedings of the Eight Sca/Afa Conference on Argumentation*, Annandale, Virginia, National Communication Association, 1993, p. 476.

²¹⁷ *Ibidem*, pp. 477-478.

²¹⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 479.

²¹⁹ Cfr. Feteris, Eveline y Kloosterhuis, Harm, *op. cit.*, p. 322.

sino que simplemente decide el caso.²²⁰ Sobre el particular, el autor señala que para justificar el empleo de la pragma-dialéctica se tiene que partir de la base de que las decisiones de los tribunales son falibles. Así, el juez al justificar su decisión defiende su punto de partida, como una decisión aceptable,²²¹ que evidentemente podrá estar sujeto a cuestionamientos.

De esta primera referencia, se desprende que la pragma-dialéctica explora (o incluso agrega) elementos a considerar en la evaluación de la intervención de las partes en un conflicto. Asimismo, destaca la consideración del juez como una respuesta institucionalizada para solucionar un conflicto, quien por cierto, ha de cumplir con el requisito de la neutralidad para cumplir con su papel de “antagonista crítico”. Bajo esta consideración, en los siguientes apartados se abordará la manera en que las reglas de la pragma-dialéctica pueden coadyuvar con la orientación del juzgador al decidir una controversia, así como los alcances que conlleva que el juez desatienda el carácter dialéctico de la argumentación.

3. Componentes teóricos de la argumentación jurídica

Para exponer los componentes teóricos de la argumentación jurídica se ha estimado conveniente partir de las notas generales de la teoría de la Argumentación Jurídica, con la finalidad de identificar los rasgos mínimos a considerar dentro de su estudio, y las particularidades que ofrece la pragma-dialéctica en esta materia.

Para Manuel Atienza la construcción de una teoría de la Argumentación Jurídica que cumpla determinadas funciones teóricas, prácticas y pedagógicas, requiere de un adecuado análisis estructural del Derecho en el cual se considere la vinculación de los procesos argumentativos con el comportamiento de los jueces y otros operadores jurídicos; las relaciones entre el razonamiento jurídico y aquel de naturaleza moral y política –y, en general, las relaciones entre el Derecho y el mundo de los valores-; los límites (formales) del razonamiento jurídico; o los elementos ideológicos y de poder que se pueden hallar en el Derecho y en el

²²⁰ Cfr. Kloosterhuis, Harm, “The Rule of Law...”, *cit.*, p. 75.

²²¹ Cfr. *Ibidem*, p. 79.

razonamiento jurídico. Agrega dicho autor que el enfoque del Derecho como argumentación busca conectar tales elementos a partir de una concepción dinámica, instrumental y comprometida del Derecho que arranca de la noción de conflicto.²²²

La perspectiva pragma-dialéctica de la argumentación jurídica, tendría otro tipo de pretensiones hasta cierto punto más limitadas en relación con aquellas que enuncia Atienza, en tanto que aquella sólo comprende la estructura argumentativa jurídica y la intervención de las partes y el juez (o incluso el legislador) en dicha práctica, sin que expresamente se manifieste una preocupación por indagar la vinculación del Derecho con la moral o la política. Si se retoman las líneas del Capítulo Primero, encontramos que los componentes de investigación propuestos para abordar la argumentación jurídica desde la perspectiva pragma-dialéctica se centran en la identificación de criterios dialógicos y pragmáticos tendientes a conducir, analizar y evaluar la argumentación jurídica.

Las notas distintivas que ofrece la pragma-dialéctica en la argumentación jurídica son la enunciación de los componentes del estudio de la argumentación jurídica, los principios metateóricos de la argumentación, así como el carácter dialéctico y procedimental de la argumentación jurídica.

En cuanto a los componentes que integran el estudio de la teoría pragma-dialéctica de la argumentación jurídica, se ubican los siguientes:

- a) Componente filosófico.- Vinculado con la racionalidad de la argumentación jurídica, este componente indica la manera en que una discusión requiere conducirse a fin de resolver una diferencia de opinión racionalmente.²²³
- b) Componente teórico.- Pretende desarrollar un modelo de reconstrucción racional de la argumentación jurídica. Si se adopta un punto de vista dialéctico, se requiere especificar las etapas de la discusión jurídica y las contribuciones relevantes a este proceso; la estructura, niveles y elementos de una justificación jurídica, así como la formulación de estándares formales

²²² Cfr. Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 59.

²²³ Cfr. Feteris, Eveline T., "A dialogical theory of legal discussion...", *cit.*, p. 132.

y materiales de la racionalidad. Lo anterior, supone una combinación entre los principios y normas jurídicas, su interpretación y el uso de fuentes del Derecho, junto con una teoría de la argumentación que recoja la lógica sobre las normas ideales de la argumentación.²²⁴

- c) Componente analítico (o de reconstrucción).- Dicho componente investiga cómo una reconstrucción racional de la argumentación jurídica puede realizarse con la ayuda de un modelo teórico, bajo la cual sea posible identificar los conocimientos que se requieren para una adecuada reconstrucción o cómo hacer explícitos los elementos implícitos.²²⁵
- d) Componente empírico.- Indaga la manera en que la práctica jurídica se relaciona con el modelo teórico; el distanciamiento de la práctica con el modelo jurídico ideal; las razones que subyacen entre la separación de la práctica con el modelo, y si se justifica esa diferencia y las estrategias argumentativas que tienen éxito en la práctica para convencer a la audiencia.²²⁶
- e) Componente práctico.- Este componente recoge recomendaciones para analizar y evaluar la argumentación jurídica, a partir de la combinación de las ideas teóricas, analíticas y empíricas para desarrollar métodos para mejorar las habilidades argumentativas en la educación jurídica.²²⁷

Los componentes enunciados pretenden englobar dentro del estudio de la argumentación jurídica, temas como los esquemas argumentativos, la noción de razonabilidad, la reconstrucción de la argumentación, el posible distanciamiento entre la práctica y el modelo jurídico ideal de discusión, así como las posibles recomendaciones para el análisis y evaluación de la argumentación jurídica.

Igualmente, destaca el interés de la pragma-dialéctica por enfatizar el componente empírico y práctico de la argumentación, que ofrezca una aproximación a la realidad argumentativa y establecer un marco comparativo entre lo que sucede

²²⁴ Cfr. *Idem*.

²²⁵ Cfr. *Idem*.

²²⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 132-133.

²²⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 133.

en la práctica y lo que dispone la teoría argumentativa, a partir de lo cual incluso se ofrecen elementos o valores tendientes a mejorar tal práctica.²²⁸ Se estima que dicha vinculación, junto con la dialéctica, puede generar una serie de indicadores para sensibilizarnos en torno a la problemática que subsiste en la práctica de la argumentación jurídica, y los alcances que dicha problemática puede tener.

La labor de explorar el distanciamiento de la práctica con el modelo jurídico ideal invita a continuar con la identificación de las consecuencias que reviste que acontezca una determinada situación de la práctica jurídica y a partir de ello buscar estándares adicionales para mejorar la conducción de la actividad argumentativa.

En el estudio de la argumentación jurídica bajo el enfoque pragma-dialéctico es posible explorar la unión de la dimensión normativa con la descriptiva en la argumentación jurídica, mediante instrumentos que permitan analizar la práctica argumentativa como un proyecto ideal de discurso argumentativo racional,²²⁹ así como la incidencia de los principios metateóricos. En el pensamiento de Harm Kloosterhuis, los principios metateóricos adquieren las siguientes notas:

- a) Socialización.- Refiere a la pertinencia de identificar las reglas de discusión dentro o fuera del sistema jurídico que regulan la manera en que un juez puede, debe o debería solucionar problemas jurídicos.²³⁰
- b) Funcionalización.- Implica que la descripción y evaluación adecuada se realiza si se toma en cuenta la interacción en una discusión jurídica. En este tenor, el juez al solucionar un problema jurídico requiere indagar sobre los actos de habla implícitos y explícitos de los protagonistas y antagonistas.²³¹
- c) Externalización.- Explora los compromisos que asumen las partes en un discurso, en lugar de especulaciones de los motivos reales que las partes

²²⁸ En torno a la vinculación entre la dogmática jurídica y la práctica, Véase Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios, 1991, pp. 48-55.

²²⁹ Cfr. Feteris, Eveline y Kloosterhuis, Harm, *op. cit.*, p. 310.

²³⁰ Cfr. Kloosterhuis, Harm, "The Rule of Law...", *cit.*, p. 74.

²³¹ Cfr. *Idem*.

tuvieron para defender ciertos puntos de partida. Bajo este principio, el juez se compromete implícita y explícitamente a resolver un problema jurídico.²³²

- d) Dialectificación.- Supone que la argumentación es apropiada sólo si es capaz de acomodar las reacciones críticas de un juez razonable. De esta manera, la argumentación tiene que verse como parte de una discusión conducida de acuerdo al criterio de una discusión crítica. Así, junto con cuestiones sustantivas de aceptabilidad de las premisas y la pregunta formal de validez lógica de la derivación de un razonamiento interpretativo, existen estándares procedimentales de juicio que son relevantes.²³³

Los principios metateóricos aludidos reflejan nuevamente un interés por identificar reglas de discusión aplicables al Derecho, la descripción y evaluación de las aseveraciones explícitas e implícitas a partir de la consideración en la interacción en una discusión genérica y la pertinencia de seguir una discusión bajo un procedimiento específico que, como se ha mencionado, ofrece elementos adicionales para una aproximación y construcción teórica de la argumentación jurídica desde una perspectiva pragma-dialéctica. De las notas expuestas se desprende que la pragma-dialéctica ofrece diversos constructos y líneas de investigación tendientes a mejorar el análisis y evaluación de la argumentación jurídica, así como mejorar la práctica jurídica cotidiana.

IV. LA PRAGMA-DIALÉCTICA EN EL ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. *El modelo de discusión crítica en la argumentación jurídica*

La teoría del discurso jurídico supone realizar la justicia de acuerdo con el seguimiento de los principios de diálogo. En este esquema, el discurso supone una situación en la cual los individuos de manera conjunta y sin coacción, buscan lo que

²³² Cfr. *Idem*.

²³³ Cfr. *Idem*.

es correcto para todos y encontrar un consenso, proporcionado por nuevos argumentos controlados discursivamente.²³⁴

Para Feteris, el modelo de discusión crítica de la pragma-dialéctica ofrece una herramienta teórica para el análisis y la evaluación argumentativos. En combinación con ideas de campos teóricos –como la lingüística, la pragmática, la teoría y la filosofía del Derecho- representan la base para la interpretación y la evaluación sistemáticas de los elementos del discurso legal relevantes para una valoración racional de la calidad de la argumentación desde la perspectiva de la discusión racional.²³⁵ En el análisis y evaluación del discurso argumentativo, destacan como aspectos esenciales para la resolución de una diferencia de opinión: los puntos de partida en la diferencia de opinión y posiciones adoptadas por las partes; los argumentos aducidos por las partes; estructura argumentativa; esquemas argumentativos y la observación de las reglas de una discusión crítica.²³⁶

Así, los elementos del análisis y la evaluación del discurso argumentativo que postula la pragma-dialéctica, se aplican igualmente para estudiar la argumentación jurídica, lo que supone que las estructuras argumentativas, argumentos y reglas del discurso adquieren especial importancia en el Derecho.

2. Análisis de los argumentos

En la pragma-dialéctica, el análisis permite establecer las posiciones adoptadas por los participantes en un discurso; los argumentos aducidos de manera explícita, implícita o indirecta; las relaciones existentes entre los argumentos que se avanzan en favor de un punto de vista inicial, así como los esquemas argumentativos que subyacen en la argumentación.²³⁷ Con lo anterior, se pretende una reconstrucción racional de las decisiones jurídicas como discusiones críticas y

²³⁴ Cfr. Kunz, Karl-Ludwig y Mona, Martino, *op. cit.*, p. 167.

²³⁵ Cfr. Feteris, Eveline T., *Fundamentos de la Argumentación Jurídica...*, *cit.*, p. 278.

²³⁶ Cfr. Feteris, Eveline y Kloosterhuis, Harm, *op. cit.*, p. 320.

²³⁷ Cfr. *Idem*.

reconstruir la justificación de las decisiones jurídicas –a través de sus argumentos- y su respectiva interpretación.²³⁸

Feteris y Kloosterhuis, enuncian como pasos del análisis los siguientes:

- Primer paso.- Establecer la naturaleza de una diferencia de opinión y los puntos de partida adoptados por los participantes, lo cual en el proceso jurídico, implica aproximarse a la disputa entre las partes en el juicio, y la disputa entre una de las partes y el juzgador, este último obligado a adoptar un punto de vista neutral.²³⁹
- Segundo paso.- Determinar los argumentos que se presentan en reacción a varias formas de duda crítica y a las relaciones entre esos argumentos. Al efecto, la justificación puede adquirir varios niveles, según las formas de crítica a las que el juez deba reaccionar: en casos fáciles bastará una argumentación simple consistente en el empleo de la norma, los hechos y la decisión, o bien, una decisión compleja para casos difíciles, que supone que existirá una argumentación adicional consistente en probar los hechos o justificación de la aplicación de la norma jurídica y cuyo esquema pragma-dialéctico de reconstrucción sería:

Decisión final

1.1.		1.1.
Calificación de los hechos	y	interpretación de la decisión
1.1.'1		1.1.'1
Probanza de los hechos		Argumentación mediante un método de interpretación ²⁴⁰

²³⁸ Cfr. Feteris, Eveline T., "A dialogical theory of legal discussion...", *cit.*, p. 127.

²³⁹ Cfr. Feteris, Eveline y Kloosterhuis, Harm, "The analysis and evaluation of legal argumentation...", *cit.*, p. 324.

²⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 324-325.

- Tercer paso: Evaluación de la argumentación, que supone que los esquemas de argumentación usados en la argumentación se han aplicado y elegido correctamente.²⁴¹

Del mismo modo, el análisis supone identificar aquellas razones que el juzgador no presenta explícitamente de manera clara y ordenada, las cuales revisten de interés para el lector crítico que requiere evaluar dichas razones. Dicho análisis se realiza en los siguientes pasos: 1) Identificación de la argumentación que implica establecer las partes de la decisión que constituyen la argumentación y la función que cumple esta argumentación; 2) Interpretación de la argumentación, que implica determinar la proposición defendida en el texto como punto de partida y las proposiciones que se invocan como argumentos explícitos en defensa del punto de vista y los argumentos implícitos presupuestos; 3) Analizar la argumentación, es decir, examinar los argumentos que esgrime cada parte y su punto de partida; 4) Identificar los criterios para evaluar la justificación de la decisión.²⁴²

En este punto, Feteris y Kloosterhuis erigen un cuestionamiento a Robert Alexy, en tanto que estiman que dicho autor no especifica la manera en que un argumento concreto debería reconstruirse bajo un esquema argumentativo.²⁴³ En la pragma-dialéctica se han reconstruido los argumentos jurídicos empleados en el método de balance y ponderación,²⁴⁴ el empleo de argumento histórico,²⁴⁵ la argumentación teleológica,²⁴⁶ los argumentos pragmáticos,²⁴⁷ la argumentación

²⁴¹ Cfr. *Ibidem*, p. 325.

²⁴² Cfr. *Ibidem*, pp. 308-309.

²⁴³ Cfr. *Ibidem*, p. 317.

²⁴⁴ Véase Feteris, Eveline T., "The Rational Reconstruction of Weighing and Balancing on the Basis of Teleological-Evaluative Considerations in the Justifications of Judicial Decisions", *Informal Logic*, Ámsterdam, vol. 28, núm. 1, 2008, pp. 21-28, <http://dare.uva.nl/document/2/67187>.

²⁴⁵ Véase Plug, José, "Reconstructing and Evaluating Genetic Arguments in Judicial Decisions", *Argumentation*, Dordrecht, Países Bajos, vol. 19, núm. 4, Noviembre 2005, pp. 448-456.

²⁴⁶ Véase Feteris, Eveline T., "The pragma-dialectical analysis and evaluation of teleological argumentation in a Legal Context", Dordrecht, Países Bajos, vol. 22, núm. 4, Noviembre 2008, pp. 496-499.

²⁴⁷ Véase Feteris, Eveline T., "The rational reconstruction of argumentation referring to consequences and purposes in the application of legal rules: A pragma-dialectical perspective", *Argumentation*, Dordrecht, Países Bajos, vol. 19, núm. 4, Noviembre 2005, pp. 462-468.

analógica,²⁴⁸ la argumentación a través del ejemplo,²⁴⁹ el argumento a contrario,²⁵⁰ e incluso para analizar y evaluar la discusión en sede legislativa en torno a la adición de alguna disposición jurídica.²⁵¹

Como se puede apreciar, el análisis pragma-dialéctico se enfoca en la reconstrucción de argumentos jurídicos para determinar los puntos de vista asumidos y los esquemas argumentativos sobre los cuales versará la resolución de una disputa. Así, el juzgador o las partes en un juicio tendrían que considerar los puntos de partida y argumentos esgrimidos, así como la pertinencia de los esquemas argumentativos con la finalidad de indagar si se ha defendido o atacado debidamente un punto de vista. Aunque el tema del redimensionamiento del análisis parecería interesante, en la presente investigación nos centraremos en la evaluación pragma-dialéctica, dentro de la cual se encuentra el código de conducta para discutidores razonables que se empleará para orientar el actuar del juez.

3. Evaluación de las controversias jurídicas

Mientras el análisis establece los argumentos y estructuras argumentativas, la evaluación se enfoca en el contenido de la argumentación y las normas para evaluar el procedimiento de la discusión,²⁵² temas que se abordarán a continuación.

A. Normas para la evaluación del contenido

En términos generales, la evaluación del contenido supone verificar si los argumentos esgrimidos son válidos lógicamente, lo cual requiere valorar si los

²⁴⁸ Véase Kloosterhuis, Harm, "Reconstructing Complex Analogy Argumentation in Judicial Decisions: A Pragma-dialectic perspective", *Argumentation*, Dordrecht, Países Bajos, vol. 19, núm. 4, Noviembre 2005, pp. 473-481.

²⁴⁹ Véase Plug, José, "The Strategic use of argumentation from example in plenary debate in the European Parliament", *Controversia*, Ámsterdam, Países Bajos, vol. 7, núm. 1, 2009, pp. 45-54.

²⁵⁰ Véase Jansen, Henrike, "A contrario reasoning: the dilemma of the silent legislator", *Argumentation*, *Argumentation*, Dordrecht, Países Bajos, vol. 19, núm. 4, Noviembre 2005, pp. 487-490.

²⁵¹ Véase Plug, José, "Institutional Boundaries on the Evaluation of Argumentation in Legislative Discussions", *Legisprudence: International Journal for the study of legislation*, Oxford, vol. IV, núm. 1, 2010, pp. 59-65.

²⁵² Cfr. Feteris, Eveline T., *Fundamentos de la Argumentación Jurídica...*, cit., p. 270.

puntos de partida son compartidos y si el argumento proviene del Derecho válido, que incluye determinar si cierta regla se puede derivar de una fuente jurídica aceptada (regla de reconocimiento), así como si el método de interpretación es aceptado jurídicamente.²⁵³

La evaluación del contenido de la argumentación busca establecer si las diferentes partes de la argumentación se defendieron de manera exitosa; si los esquemas argumentativos han sido correctamente elegidos y aplicados, e igualmente indaga hasta dónde se han observado las reglas de la discusión crítica, lo cual equivale a revisar si uno o más participantes han cometido una falacia y si la resolución de una diferencia se ha obstaculizado por esa violación.²⁵⁴

En el enfoque pragma-dialéctico se verifica si un argumento es idéntico a un punto de partida común, bajo un procedimiento de identificación. Si un argumento no es idéntico a un punto de partida común, el próximo paso es el procedimiento de comprobación, el cual verifica si el argumento se puede considerar aceptable de acuerdo con un método de prueba común.²⁵⁵

En general, existirá un tratamiento distinto para la evaluación de los hechos, argumentos jurídicos, la relación entre las premisas y la conclusión. En la evaluación de los hechos, se requiere saber si éstos son conocidos y en caso de que no lo sean, el juez decide si se pueden considerar probados de acuerdo con las reglas de la prueba.²⁵⁶ Cuando se evalúan argumentos jurídicos en los sistemas jurídicos continentales, el juez primero decide si la norma jurídica es válida de acuerdo con las fuentes del Derecho generalmente aceptadas, en el entendido de que las normas jurídicas válidas se pueden considerar como una forma específica de los puntos de partida comunes.²⁵⁷ Finalmente 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, y que en términos pragma-

²⁵³ Cfr. Feteris, Eveline y Kloosterhuis, Harm, *op. cit.*, p. 316.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 321.

²⁵⁵ Cfr. Feteris, Eveline T., *Fundamentos de la Argumentación Jurídica...*, *cit.*, p. 270.

²⁵⁶ Cfr. Feteris, Eveline T., "A dialogical theory of legal discussion...", *cit.*, p. 128.

²⁵⁷ Cfr. Feteris, Eveline T., *Fundamentos de la Argumentación Jurídica...*, *cit.*, p. 270.

dialécticos, requiere explorar si el esquema de la argumentación ha sido elegido y aplicado correctamente.²⁵⁸

Como se puede apreciar, la evaluación del contenido supone recurrir a la lógica, a los hechos y a las fuentes del Derecho para determinar si el juez defendió adecuadamente su punto de vista.

B. Normas para la evaluación del procedimiento de discusión

Para Feteris, 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, que se formula mediante un sistema de diez reglas.²⁵⁹

Al efecto, señala Feteris que el 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, situación que impediría una resolución racional de la disputa si se dejara a las partes la decisión de cumplir o no una regla.²⁶⁰

Sobre el particular, las normas jurídicas establecerían la división de funciones en la defensa de puntos de vista que promueven la resolución de la disputa dentro del marco legal, aunque las partes no están dispuestas a llegar a un acuerdo sobre estos asuntos antes de que empiece el proceso legal.²⁶¹ Agrega Feteris que las partes de un proceso legal usualmente tienen intereses opuestos y, por sí mismos, no se comportan como litigantes razonables. Ante ello, la ley establece reglas que buscan asegurar que la discusión cumpla los requisitos de una discusión racional, que a su vez favorezcan que los procedimientos se conduzcan de acuerdo con las normas de las discusiones racionales, aun en casos donde las

²⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 271.

²⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 274.

²⁶⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 276.

²⁶¹ Cfr. *Ibidem*, p. 277.

partes no pueden o no están dispuestas a respetar las condiciones de una actitud razonable en la discusión (condiciones de segundo orden),²⁶² de donde resulta que la ley adquiere un rol relevante para conducir racionalmente la resolución de una controversia.

Igualmente, Feteris apunta a un modelo de evaluación que se puede usar como herramienta crítica para establecer si la argumentación es aceptable, bajo el cual se especifiquen cómo se usan los puntos de partida comunes, los enunciados que se pueden usar como argumento en la justificación legal de los diversos campos legales, los esquemas de argumentación jurídica que se deben, se deberían y se pueden usar en la justificación de una decisión jurídica, así como las reglas de discusión que son relevantes para conducir una discusión legal racional.²⁶³ Así, la argumentación jurídica requeriría tanto la evaluación de su contenido, como el seguimiento de reglas de discusión crítica. Si bien, como más adelante se apreciará, la ley prevé procedimientos para conducir el actuar de los sujetos procesales a fin de resolver una controversia, sin embargo, las reglas del discurso crítico pueden reforzar la importancia del seguimiento de dichos procedimientos o incluso incorporar elementos adicionales para analizar y evaluar la argumentación jurídica.

V. EL CARÁCTER PROCEDIMENTAL DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA PERSPECTIVA PRAGMA-DIALÉCTICA

1. *El proceso jurídico como una discusión crítica*

Desde la perspectiva pragma-dialéctica, un proceso jurídico se considera como una discusión crítica destinada a la solución de una diferencia.²⁶⁴ En tanto discusión crítica, el comportamiento de las partes y del juzgador se puede ver como un intento de resolver una diferencia de opinión, dentro de la cual es posible emplear una

²⁶² Cfr. *Idem*.

²⁶³ Cfr. *Ibidem*, p. 279.

²⁶⁴ Cfr. Feteris, Eveline T., "The judge as a critical antagonist in a Legal Process...", *cit.*, p. 476.

comprobación crítica a efecto de verificar si la pretensión se defendió de manera exitosa de acuerdo con ciertos estándares jurídicos de la aceptabilidad.²⁶⁵

De lo expuesto, se observa la intención de permitir la participación de los individuos en una discusión, así como en el seguimiento de las reglas en el discurso. El seguimiento de reglas se asocia con la pertinencia de garantizar la racionalidad del discurso jurídico y solucionar una diferencia de opinión, sin alcances de pretensión de corrección del discurso, como sí se pretende efectuar desde las otras posturas del discurso racional, en los términos mencionados en los apartados anteriores, lo cual en conjunto muestra un límite de la pragma-dialéctica en cuanto al seguimiento de reglas discursivas.

2. Racionalidad y razonabilidad en el discurso jurídico

A. La racionalidad en el discurso

Jürgen Habermas ubica como convincente aquello que se puede aceptar racionalmente, y en donde el proceso de argumentación como tal debe permanecer abierto a todas las objeciones relevantes, a las correcciones y a las mejoras de las circunstancias epistémicas, lo cual amplía el potencial de refutación en el que se acreditan las pretensiones de validez racionalmente aceptadas.²⁶⁶ La aceptabilidad racional del enunciado, radicará en la fuerza de convicción del mejor argumento. El argumento más convincente, no lo decide el discernimiento privado, sino el acuerdo racionalmente motivado de aquellos que participan en la práctica pública del intercambio de razones. De esta manera, la aceptabilidad racional se apoya en último término solamente en aquellas razones que, bajo unas determinadas y muy exigentes condiciones de comunicación, consiguen afirmarse contra todas las objeciones.²⁶⁷ Como se puede apreciar, la racionalidad apunta a considerar la

²⁶⁵ Cfr. *Idem*.

²⁶⁶ Cfr. Habermas, Jürgen, *Acción comunicativa y Razón sin trascendencia*, trad. de Pere Fabra Abat, Barcelona, Paidós Ibérica, 2002, p. 47.

²⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 54-55.

fuerza de convicción del mejor argumento, el cual a su vez se apoya en el acuerdo que dan aquellos que intervienen en la discusión.

A mayor abundamiento, Habermas expone las cuatro clases de pretensiones de validez, que constituyen un plexo al cual se puede llamar razonabilidad,²⁶⁸ y que son:

- Inteligibilidad, que apunta a considerar como comprensible la comunicación, tanto en el sentido de la relación interpersonal, como el sentido del contenido proposicional de su emisión. Cuando se torna problemática, se hacen preguntas del tipo: ¿qué quieres decir con eso? ¿cómo he de entender eso? ¿qué significa eso? Las respuestas a dichas preguntas se llaman interpretaciones.²⁶⁹
- Verdad, que supone que en la comunicación los sujetos hablantes/agentes prestan reconocimiento a la verdad del enunciado hecho con el acto de habla (o de las presuposiciones de existencia de contenido proposicional al que el acto de habla hace mención). Cuando se torna problemática esta pretensión, se formulan preguntas como: ¿son las cosas como tú dices? ¿Por qué eso es así y no de otra manera?, las cuales se replican con afirmaciones y explicaciones.²⁷⁰
- Rectitud, en un contexto de comunicación enderezada al entendimiento, los participantes reconocen la rectitud de la norma, como cumplimiento de la cual puede considerarse en cada caso el acto de habla ejecutado. Cuando se torna problemática, las preguntas a formular son: ¿por qué has hecho eso? ¿por qué te has comportado así? ¿te es lícito hacer eso? ¿No deberías comportarte de otra manera?, a las cuales corresponden respuestas de justificación.²⁷¹
- Veracidad, que supone no poner en cuestión la veracidad de los sujetos implicados, de manera que en un contexto de interacción si se pone en

²⁶⁸ Cfr. Habermas, Jürgen, "Teoría de la ...", *cit.*, p.121.

²⁶⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 122.

²⁷⁰ Cfr. *Idem*.

²⁷¹ Cfr. *Idem*.

duda la veracidad se pregunta si el prójimo: ¿me estará engañando? ¿No se estará engañando sobre sí mismo?²⁷²

Para Robert Alexy, la racionalidad del discurso se define por un conjunto de reglas del discurso que garantizan el derecho de cada ser humano a participar en el discurso y el derecho de cada participante de presentar y criticar cualquier argumento. Otras reglas exigen claridad lingüística, prohíben contradicciones, verdad empírica, consideración de las consecuencias e investigación de la génesis de las convicciones normativas, así como libertad e igualdad en los argumentos. Bajo este esquema, una argumentación que excluye o suprime personas o argumentos no es una argumentación racional y las justificaciones que se obtienen de la misma son defectuosas (excepto si por razones pragmáticas que tiene que ser justificadas).²⁷³

Para Peczenik, la racionalidad depende de las exigencias de coherencia – que indiquen que una proposición está vinculada con las condiciones de verdad- y de las relaciones entre las distintas personas que participan en el discurso. Así, un discurso es perfectamente racional sólo si su resultado está determinado lo más posible por razones coherentes.²⁷⁴

Aulis Aarnio por su parte, señala que el concepto de racionalidad puede utilizarse para hablar de una racionalidad jurídica, en la cual la justificación jurídica tiene que seguir ciertas pautas de interpretación y estar basada en las fuentes del Derecho. Adicionalmente se encuentra una racionalidad teleológica, finalista, que tendrá diferentes grados de importancia, según el sistema de normas, de manera que si el sistema de normas está constituido por normas flexibles (elásticas) adquirirá un mayor uso el modelo teleológico, en comparación con aquel sistema que tiene normas bien formuladas, y una racionalidad institucional, que es aquella implicada en el propio sistema jurídico, el cual tiene sus propios principios generales

²⁷² Cfr. *Idem*.

²⁷³ Cfr. Alexy, Robert, “Derecho, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional”, trad. de Pablo Larrañaga, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 1, Octubre 1994, p. 62.

²⁷⁴ Cfr. Peczenik, Aleksander, *op. cit.*, p. 47.

y relaciones sistemáticas entre las normas, que a consideración de Aarnio es una precondition social de todo razonamiento jurídico.²⁷⁵

En tanto la práctica del Derecho consista en argumentar, ello conduce a sustentar que la racionalidad del Derecho será una racionalidad argumentativa,²⁷⁶ cuya regla de oro es el que “toda afirmación contenida en una sentencia y que no sea perfectamente evidente e indiscutible debe justificarse con argumentos, hasta el límite último de lo razonablemente posible en el contexto de que se trate.”²⁷⁷

Como se puede apreciar, la racionalidad parte del seguimiento de reglas discursivas, asociadas con la participación de los individuos y en las exigencias de coherencia y claridad. Conforme a lo expuesto en el Capítulo Primero, la pragma-dialéctica coincide igualmente con postular la pertinencia de seguir determinadas reglas discursivas para asegurar la libre participación de los individuos en un discurso, la claridad en los puntos de vista a atacar o defender, así como la respectiva defensa o ataque, a través de esquemas argumentativos sólidos. Junto con dicha racionalidad, se tendrían que considerar los alcances de la razonabilidad en el discurso jurídico, que en la pragma-dialéctica parece asociarse con una evaluación crítica, con la correspondiente referencia al comportamiento de quienes intervienen en una discusión crítica.

B. Razonabilidad en el discurso

Jürgen Habermas advertía que la razonabilidad constituye una de las presuposiciones idealizantes para llevar a cabo la acción comunicativa, sin la cual los participantes en la comunicación no pueden ni entenderse mutuamente ni malentenderse.²⁷⁸ Desde esta perspectiva, en el trato cooperativo con los otros sujetos, deben suponerse recíprocamente racionalidad, bajo la cual un sujeto que actúa intencionalmente está en situación de dar una razón más o menos plausible por la cual se ha comportado o se ha expresado (o ha dejado de hacerlo) de esta

²⁷⁵ Cfr. Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable...*, cit., p. 240.

²⁷⁶ Cfr. García Amado, Juan Antonio, *Razonamiento Jurídico y Argumentación...*, cit., p. 108.

²⁷⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 127.

²⁷⁸ Cfr. Habermas, Jürgen, *Acción comunicativa...*, cit., p. 20.

forma y no de otra, y así quien no puede responder ante los otros de sus acciones y expresiones despierta la sospecha de no haber actuado “responsablemente”.²⁷⁹

En esta primera aproximación observamos que la razonabilidad constituye un presupuesto para el entendimiento de las personas que intervienen en una comunicación que supone el dar razones de su comportamiento o expresión, a través de un proceso argumentativo.

Ya en el ámbito de la pragma-dialéctica, Harm Kloosterhuis sostiene que la razonabilidad se asocia con un procedimiento de evaluación crítica, vinculada a su vez con una filosofía racionalista crítica de razonabilidad, en la cual no se tiene certeza de nada. En el contexto de dicha razonabilidad, surge un modelo de discusión crítica que da substancia a la idea de resolver diferencias de opinión mediante intercambios críticos regulados dialécticamente en que la aceptabilidad de los puntos de partida es puesta en cuestión.²⁸⁰ Feteris amplía los alcances de la aceptabilidad, para sujetarla al empleo de esquemas argumentativos adecuados como puntos de partida comunes en un contexto jurídico y a la demostración de que esos esquemas argumentativos pueden aplicarse correctamente, mediante el empleo de argumentos idóneos enmarcados dentro de un contexto jurídico.²⁸¹

En este tenor, se exige el empleo de argumentos de carácter jurídico en la práctica argumentativa, cuyo carácter se determinará a partir de las normas y principios jurídicos en la decisión judicial. Pese a que en la pragma-dialéctica, no se aprecia contundencia sobre los criterios materiales de la justificación, dicha postura no renuncia al empleo de normas y principios jurídicos para justificar una decisión, pues en todo caso, el juez deseará sostener su punto de vista frente a la crítica. La limitación anterior exhorta a recurrir a las posturas de la Teoría de la Argumentación Jurídica para contar con una aproximación acerca de los requerimientos de justificación interna y externa,²⁸² así como elementos valorativos, referentes a la

²⁷⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 33-34.

²⁸⁰ Cfr. Kloosterhuis, Harm, “The Rule of Law...”, *cit.*, pp. 74-75.

²⁸¹ Cfr. Feteris, Eveline, “Strategic Maneuvering with the intention of the legislator in the justification of judicial decisions”, *Argumentation*, Países Bajos, vol. 22, núm. 3, Agosto 2008, pp. 338-340.

²⁸² En torno a la justificación interna y externa, Véase García Amado, Juan Antonio, *Razonamiento Jurídico y Argumentación...*, *cit.*, pp. 55-69.

valoración instrumental y no-instrumental inherente a la selección de disposiciones y referencia a un sistema axiológico.²⁸³

3. Etapas de la discusión crítica

Mediante la analogía con un proceso en materia penal, Feteris identifica las siguientes etapas de la discusión crítica:

- Etapa de confrontación.- En esta etapa el juzgador permanece pasivo, en tanto que tiene que ver la manera en que las partes presentan sus puntos de partida de acuerdo a las reglas del procedimiento.²⁸⁴
- Etapa de apertura.- Esta etapa se encuentra representada por un sistema institucionalizado de reglas y puntos de partida previstos en los códigos penales y en los códigos de procedimientos penales, que suponen que el sistema jurídico provee un sistema institucionalizado de reglas y puntos de partida que fungen como acuerdo y garantizan que hay reglas disponibles para la solución de un conflicto.²⁸⁵
- Etapa de argumentación.- En esta etapa el protagonista tiene que defender su punto de vista inicial, frente a las preguntas críticas que le formula la parte contraria. En esta etapa el juzgador evalúa la argumentación de las partes.²⁸⁶
- Etapa de conclusión.- En la última etapa del proceso, el juez tiene que decidir si la pretensión se defendió de manera exitosa en contra de los contraargumentos críticos que expone la parte contraria.²⁸⁷

²⁸³ En torno a los elementos valorativos, Véase Wróblewski, Jerzy, "Problemas metodológicos que presenta la definición del Derecho", trad. de José Iturmendi Morales, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Curso 1989-1990*, Madrid, 1990, pp. 43-73.

²⁸⁴ Cfr. Feteris, Eveline T., "The judge as a critical antagonist in a Legal Process...", *cit.* p. 476.

²⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 477.

²⁸⁶ Cfr. *Idem*.

²⁸⁷ Cfr. Feteris, Eveline T., *Fundamentos de la Argumentación Jurídica....*, *cit.*, p. 260.

Agrega Feteris que en un proceso jurídico, por razones de imparcialidad, es labor del juzgador verificar si se observan las reglas del procedimiento, evaluar la argumentación y dar una decisión. De esta manera, en un proceso jurídico, el juzgador realiza lo que las partes efectúan conjuntamente en una discusión crítica.²⁸⁸

Kloosterhuis, por su parte, ofrece una aproximación distinta del juzgador como discutidor crítico, en tanto que ubicará que el juzgador es parte de la etapa de confrontación, en la cual la argumentación pretende convencer a las partes que su punto de partida es correcto de acuerdo al Derecho. Cuando una parte no está de acuerdo con la decisión, puede apelar a partir de la argumentación dada en la justificación.²⁸⁹ De manera análoga, José Plug ha identificado que dichas etapas pueden ser referenciales en el análisis y evaluación en la argumentación en sede legislativa, lo cual podría contribuir a beneficiar la opinión pública y la legislación.²⁹⁰

La referencia que desde la pragma-dialéctica se proporciona en torno a las etapas de discusión permite contextualizar las distintas actividades que realizan las partes en un contexto jurídico. En este punto, además de la participación activa de las partes en un juicio, resalta igualmente el rol del juzgador, quien velará por el respeto a las reglas del procedimiento y emitirá su decisión, sujeta a un posible cuestionamiento por las partes en el juicio, sus superiores jerárquicos o la comunidad jurídica en lo general.

4. Reglas de discusión crítica y código de conducta para discutidores razonables

A. Reglas de discusión crítica

Las reglas que definirían un discurso práctico racional a que alude Alexy, conforman una fundamentación bajo ciertas reglas –encaminadas a ciertos fines–,

²⁸⁸ Cfr. Feteris, Eveline T., "The judge as a critical antagonist in a Legal Process...", *cit.*, p. 477.

²⁸⁹ Cfr. Kloosterhuis, Harm, "The Rule of Law...", *cit.*, pp. 79-80.

²⁹⁰ Véase Plug, José, "Institutional Boundaries...", *cit.*, pp. 57-65.

de carácter empírico, definitorio y pragmático-universal.²⁹¹ Dichas reglas se integran con la condición de posibilidad de cualquier comunicación lingüística²⁹², reglas de razón²⁹³, reglas sobre la carga de la argumentación²⁹⁴, reglas de fundamentación²⁹⁵ y reglas de transición.²⁹⁶

Para Alexy, el seguimiento de las reglas aumenta la probabilidad de lograr un acuerdo en las cuestiones prácticas, pero no garantizan que pueda obtenerse un acuerdo para cada cuestión, ni que cualquier acuerdo alcanzado será definitivo e irrevocable. Lo anterior es así, en virtud de que las reglas de razón, sólo pueden cumplirse parcialmente y en el que todo discurso tiene que partir de concepciones normativas históricamente dadas y, por ello mutables, por lo que la dificultad de que los resultados en el discurso no puedan pretender una certeza definitiva, conlleva a que su revisión sea siempre posible.²⁹⁷

Si se retoman las reglas de discusión crítica, abordadas en el Capítulo Primero, se aprecia una coincidencia en cuanto a los aspectos que han de estar presentes en el discurso para optimizar los niveles de racionalidad y resolver adecuadamente una diferencia de opinión en el caso de la pragma-dialéctica. De esta manera, aunque con formulaciones diferentes,²⁹⁸ existe coincidencia en permitir la participación de los individuos en un discurso, el justificar los puntos de vista empleados para la argumentación, así como un aspecto racional, bajo el cual se requiere justificar los puntos de partida de la discusión. La falibilidad también se encuentra presente en la postura de Alexy, ya que sustenta igualmente que cualquier punto de vista puede ser sujeto a un cuestionamiento.

En el mismo orden de ideas, se aprecia que existen previsiones referentes a las consecuencias de no acatar las reglas. Si bien tanto en la pragma-dialéctica, como en Robert Alexy se reconocen ciertas limitaciones en cuanto a que dicho

²⁹¹ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, cit., p. 256.

²⁹² Cfr. *Ibidem*, pp. 266-270.

²⁹³ Cfr. *Ibidem*, pp. 270-274.

²⁹⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 274-278.

²⁹⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 284-289.

²⁹⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 289-290.

²⁹⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 290.

²⁹⁸ En torno a la formulación de las reglas del discurso práctico general, Véase *Ibidem*, pp. 405-408. Para una pronta referencia, en el Anexo número 3 se incluye la enunciación de Alexy en torno a dichas reglas.

cumplimiento no es indispensable o fatídico, sin embargo, mientras para la pragma-dialéctica, supone que el desacato se vincule con una “pseudo-resolución” del conflicto, en Alexy, se advierte que la falta del seguimiento de las reglas disminuye la probabilidad de lograr un acuerdo en las cuestiones prácticas e igualmente alude a que el seguimiento de dichas reglas no garantizan que pueda obtenerse un acuerdo para cada cuestión, ni que cualquier acuerdo alcanzado será definitivo e irrevocable. A partir de lo anterior, Alexy enuncia los límites del discurso práctico general, los cuales fundamentan la necesidad de las reglas jurídicas, que da paso al discurso jurídico.²⁹⁹

En Alexy, el discurso jurídico se encuentra vinculado con el discurso práctico en cuatro aspectos: (1) la necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general, (2) la coincidencia parcial en la pretensión de corrección, (3) la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con el discurso práctico general y (4) la necesidad de una argumentación práctica de tipo general en el marco de la argumentación jurídica.³⁰⁰

En este punto, han sido pocos los esfuerzos de la pragma-dialéctica por tratar de ajustar las reglas del discurso crítico al Derecho, en tanto que las publicaciones de dichos autores, en su mayor parte se centran en el análisis pragma-dialéctico de algún argumento, como se mencionó al inicio del presente capítulo. Ante la falta de pronunciamiento expreso en torno a si las reglas de discusión crítica que postula la pragma-dialéctica se ajustan a las exigencias del discurso jurídico, se podría retomar la postura de Alexy, en el sentido de que pese a que la argumentación jurídica tenga lugar bajo formas especiales, de acuerdo con determinadas reglas y bajo determinadas condiciones, sin embargo, ésta permanece siempre dependiente de la argumentación práctica general, sin que se pueda reducir a la argumentación práctica general, ya que las reglas por sí solas son insuficientes para fundamentar un análisis del concepto de argumentación jurídica racional.³⁰¹ Sobre el particular, Alexy propone una serie de reglas y formas

²⁹⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 291-292.

³⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 392-399.

³⁰¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 390-392.

del discurso jurídico que comprenden las reglas y formas de la justificación interna³⁰² y externa,³⁰³ de la argumentación dogmática,³⁰⁴ del uso de los precedentes³⁰⁵ y formas especiales de argumentos jurídicos.³⁰⁶

Lo que se quiere indicar con las reglas a que alude Alexy, es que para el discurso jurídico, el discurso práctico general es insuficiente para normar la argumentación propiamente dicha, y en todo caso, se requeriría adentrarse a la propia dinámica jurídica para complementar y reforzar los postulados del discurso racional en lo general. Así, el discurso racional solamente proporcionará líneas clave sobre las cuales se basará el discurso jurídico. En tal virtud, desde la pragma-dialéctica valdría la pena reflexionar en torno al desarrollo de las reglas de discusión crítica a efecto de ajustarlas a la disciplina jurídica, y de qué manera, en su caso, complementarían las reglas propuestas por Alexy.

Aarnio por su parte, identifica que las reglas del discurso racional son jerárquicamente las bases supremas que vinculan las fuentes del Derecho con el resultado de la interpretación.³⁰⁷ En la exposición de Aarnio, basada en Habermas y Alexy, se postula una serie de principios y reglas básicas de la racionalidad del discurso, a saber:

- Reglas de consistencia, que exige que no haya contradicción interna, se respete la ley del tercero excluido y la regla de transitividad.³⁰⁸
- Reglas de eficiencia, que supone que para alcanzar una conclusión en el discurso, es preciso eliminar las diferencias lingüísticas antes de discutir sobre una base racional el desacuerdo material. Ello requiere un lenguaje común y usar cada expresión de una manera uniforme. Así, en la interpretación una parte no puede cambiar inesperadamente el juego del

³⁰² Véase *Ibidem*, pp. 306-318.

³⁰³ Véase *Ibidem*, pp. 318-344.

³⁰⁴ Véase *Ibidem*, pp. 345-375.

³⁰⁵ Véase *Ibidem*, pp. 376-383.

³⁰⁶ Véase *Ibidem*, pp. 383-391.

³⁰⁷ Cfr. Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable...*, cit., p. 249.

³⁰⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 254.

lenguaje sin justificar dicho cambio, ya que un cambio inesperado en las convenciones lingüísticas perturba el todo del discurso jurídico.³⁰⁹

- Reglas de la sinceridad, que supone los siguientes extremos: 1) Principio de apertura subjetiva, que supone que todo aquel que hable el lenguaje en cuestión, tiene derecho a participar en la discusión e igualmente significa una prohibición de invocar autoridades. En este tenor, una discusión pierde su base racional si uno de los participantes es eliminado por no poder apoyarse en una autoridad, y así el discurso racional se desarrolla siempre sobre una base material y no sobre la base del prestigio de los participantes. 2) No puede usarse coacción física o mental en contra de alguno de los participantes en la discusión, con lo cual la racionalidad eliminaría la persuasión autoritativa, y así se contaría con una base material que puede lograr su pleno vigor dentro de un marco libre de coacción; 3) Principio de apertura material, que supone que cada participante tiene derecho a cuestionar un enunciado presentado, sin que puedan excluirse temas de discusión; 4) Un participante no puede invocar una justificación que sabe que es inválida, ya que una persona que conscientemente utiliza una justificación inválida no está intentando influenciar el resultado sobre bases substanciales sino a través de la persuasión, y 5) si alguien desea que otra persona acepte su punto de vista sobre bases racionales, tiene que ser imparcial, es decir, tiene que ser objetivo, y en donde el intérprete tiene que presentar no sólo sus puntos de vista sino también argumentos en contra de sus propias razones.³¹⁰
- Reglas de generalización, que implica que un participante en la discusión no puede invocar un juicio de valor que él mismo no está dispuesto a generalizar para cubrir otros casos similares. Lo anterior lleva a formular la regla de la universalidad de las valoraciones (y de los puntos de vista normativos), que refiere a la pertinencia de aceptar las consecuencias de

³⁰⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 254-255.

³¹⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 255-256.

una norma que uno mismo ha aceptado, aun cuando ello afecte la propia posición y las consecuencias de una norma que satisface los intereses de una persona que tienen que ser aceptables para cualquier otra.³¹¹

- Reglas de apoyo, vinculada con la regla de la necesidad de justificación que establece que toda proposición tiene que ser justificada. El objetivo de la justificación es lograr la coherencia, y por medio de ella, la aceptabilidad en la comunidad jurídica, para lo cual se emplean las reglas de la interpretación jurídica y las reglas generales de la racionalidad.³¹²
- Reglas de la carga de la prueba, que se dividen en reglas procedimentales de justificación (que supone la presentación de pruebas, cuya carga recae sobre la persona que critica la situación prevaleciente y desea un cambio, la necesidad de justificación cuando alguien cuestiona la opinión y la necesidad de explicar por qué ha utilizado la justificación) y reglas referidas al contenido de la justificación (que son las reglas materiales de la carga de la prueba, las cuales suponen un tratamiento equitativo en donde los casos similares sean tratados de forma similar y la vinculación con la metodología de la rama especial de la ciencia de que se trate).³¹³

La racionalidad en Aarnio adquiere un papel fundamental en el discurso, en tanto que el diálogo entre el intérprete A y el receptor de la interpretación B sigue los criterios del discurso racional si satisface las condiciones generales de racionalidad y no se violan las reglas especiales de la carga de la prueba, de manera que el discurso responde al seguimiento de reglas de racionalidad y las pautas de la interpretación jurídica. En este esquema, la racionalidad -manifestada en el seguimiento de reglas del discurso- no asegura por sí sola que la interpretación será aceptable en la comunidad jurídica, en tanto que además requiere que las partes en el diálogo tengan una base común en el conocimiento y que se sometan a los mismos valores.³¹⁴

³¹¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 256-257.

³¹² Cfr. *Ibidem*, pp. 257-260.

³¹³ Cfr. *Ibidem*, pp. 260-263.

³¹⁴ Cfr. Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable...*, cit., p. 262.

Como se puede apreciar, para Aarnio no son suficientes las reglas del discurso, en tanto que requerirían de otros elementos como la base común del conocimiento y los valores para lograr la aceptabilidad. A pesar del lugar marginal, o en su caso accesorio de las reglas, se estima conveniente referir a las reglas del discurso para enmarcar la manera en que se puede orientar el actuar del juzgador, las restricciones a que se encuentra sujeta la labor jurisdiccional, determinar bajo qué circunstancias dichas reglas beneficiarían al desarrollo del discurso jurídico y los alcances del desacato de las reglas.

Lo mencionado en el presente apartado permite exponer que las reglas discursivas, si bien son significativas para dar solución a un conflicto en particular, también ofrecen ciertas limitantes para lograr un acuerdo o solución satisfactoria de una controversia. Pese a dichos límites, e incluso, pese al carácter ideal de dichas normas, se estima que las reglas discursivas pueden proporcionar elementos racionales a los participantes en un discurso para reconducir su actuar y precisar las expectativas de los otros participantes en el discurso.

B. El código de conducta para discutidores razonables

Junto con las reglas enfocadas en regular los procedimientos sobre los que se basa el discurso jurídico, existe una previsión de las reglas destinadas a regular la conducta de los participantes en el discurso.

Habermas ya adelantaba cuatro presuposiciones a considerar para la argumentación, a saber: a) carácter público e inclusión: no puede excluirse a nadie que, en relación con la pretensión de validez controvertida, pueda hacer una aportación relevante; b) igualdad en el ejercicio de las facultades de comunicación: a todos se les conceden las mismas oportunidades para expresarse sobre la materia; c) exclusión del engaño y la ilusión: los participantes deben creer lo que dicen; y d) carencia de coacciones: la comunicación debe estar libre de restricciones, ya que éstas evitan que el mejor argumento pueda salir a la luz y predeterminan el resultado de la discusión. Explica dicho autor, que las presuposiciones a), b) y d) imponen al comportamiento argumentativo las reglas de

un universalismo igualitario que implica: respeto a las cuestiones práctico-morales, atención equitativa a los intereses y orientaciones valorativas de todos y cada uno de los afectados. La presuposición que exige una ponderación sincera y sin prejuicios de todos los argumentos adquiere aquí el significado añadido de ser críticos frente a los propios autoengaños, así como que estén hermenéuticamente abiertos y sean sensibles frente a la comprensión que de sí mismos y del mundo tienen los otros.³¹⁵

De manera similar a las falacias que se identifican en la perspectiva pragma-dialéctica en las reglas de discusión crítica y en el código de conducta para discutidores razonables, Habermas refiere a presuposiciones contrafácticas, como el que una parte se encuentre privilegiada frente a la otra por lo que concierne al margen comunicativo, o que una parte u otra se halle presa de prejuicios respecto a este o aquel tema, o que muchos se comportarán estratégicamente si tienen la oportunidad de hacerlo, o que las tomas de postura afirmativas o negativas a menudo vienen determinadas por otros motivos muy distintos al del mejor discernimiento.³¹⁶ Igualmente, Alexy ya postulaba reglas de discusión racional referidas no sólo a proposiciones, como en la lógica, sino también dirigidas al comportamiento del hablante, lo cual para dicho autor puede designarse como “reglas pragmáticas”, cuyo cumplimiento no garantiza la certeza definitiva de todo el resultado, simplemente caracterizarlo como racional.³¹⁷

Por su parte, el código de conducta para discutidores razonables de la pragma-dialéctica especifica reglas para la resolución de conflictos de acuerdo con un modelo ideal. Los participantes deben actuar como discutidores razonables, lo que implica que deben tener una actitud razonable de discusión. En este tenor, se reitera que las características internas que especifican una actitud razonable de una discusión son condiciones de segundo orden, que implican que los discutidores tienen intención de solucionar una disputa de una manera razonable, y que a su vez, requiere reunir ciertas circunstancias externas de la discusión, necesarias para permitir que los participantes se comporten de una manera razonable, lo cual

³¹⁵ Cfr. Habermas, Jürgen, *Acción comunicativa...*, cit., p. 56.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 57.

³¹⁷ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 254.

corresponde a condiciones del tercer orden.³¹⁸ Bajo este panorama, el comportamiento de las partes y del juzgador es visto como un intento de resolver una diferencia de opinión.³¹⁹

Evelyn Feteris reconoce que en la realidad las partes y el juez se alejan del modelo, caso en el cual es conveniente determinar los efectos de dicho alejamiento.³²⁰ En todo caso, se tendría que considerar que desde la pragma-dialéctica el desacato de las reglas se asocia con la obstaculización de la resolución de la diferencia de opinión o con una “pseudo-solución” al problema.

Habermas, por su parte, supondrá que durante el proceso argumentativo podrá ser posible autocorregir las inconsistencias percibidas.³²¹ Dicho autor estima que no en todos los casos tales inconsistencias son un motivo para correcciones, ya que lo que convence de forma inmediata a los participantes en la argumentación es la sustancia de razones y no el diseño comunicativo para el intercambio de razones. Así, Habermas refiere que la calidad del procedimiento es lo único que fundamenta la expectativa racional de que en el discurso estén efectivamente disponibles –y que al final “cuenten”- las mejores informaciones y razones de entre todas las accesibles, y en ese sentido, las inconsistencias percibidas que despiertan la sospecha de que “aquí no se argumenta en absoluto” sólo aparecen cuando se excluye de forma evidente a participantes relevantes, se reprimen contribuciones relevantes y se manipulan o condicionan mediante influencias de otro tipo las tomas de postura afirmativas o negativas.³²²

Como se puede apreciar, en Habermas y en la pragma-dialéctica, se constata un interés por contar con reglas o presupuestos que guíen la actividad argumentativa. La dificultad de cumplir con las reglas o presupuestos conduce a considerar las falacias, dentro de la pragma-dialéctica, o situaciones contrafácticas, desde la postura de Habermas. Así, es posible rescatar de la pragma-dialéctica su intención por teorizar acerca del comportamiento de los discutidores en el ámbito

³¹⁸ Cfr. Feteris, Eveline T., “A dialogical theory of legal discussion...”, *cit.*, p. 118.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ Cfr. Feteris, Eveline T., “The judge as a critical antagonist in a Legal Process...”, *cit.*, p. 477.

³²¹ Cfr. Habermas, Jürgen, *Acción comunicativa...*, *cit.*, p. 58.

³²² Cfr. *Ibidem*, pp. 58-59.

argumentativo para llegar a una solución de un conflicto; el interés por respetar la intervención de los participantes en un discurso, considerar debidamente los puntos de vista iniciales que asumen las partes en un juicio, así como la obligación del juzgador de argumentar su decisión que en conjunto se pueden rescatar para orientar el actuar del juzgador al resolver una controversia.

VI. DIMENSIÓN DIALÓGICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. *Cumplimiento de estándares dialógicos en la argumentación jurídica*

Desde Platón, ya se advertía la importancia de que en todo desacuerdo, la discusión debe hacerse escuchando las razones del otro y exponiendo las propias, tanto al adversario mismo como a las personas que se hallen presentes, sin mezclar con ello ninguna injuria.³²³

El diálogo argumentativo requiere contextualizarse en un debate orientado por un problema, con un desacuerdo sobre una posición, es decir, confrontación entre un discurso y un contradiscurso.³²⁴ Para Luis María Bandieri, el intercambio de discursos argumentativos, representa una forma específica de interacción humana ante la presencia de un conflicto (derivado de escasez de recursos, deseos, reivindicación de un derecho), y que el Derecho tiene que resolver.³²⁵

Desde la perspectiva pragma-dialéctica, el enfoque dialógico considera que la argumentación jurídica es parte de una discusión crítica.³²⁶ Como parte de esta discusión, el aspecto dialéctico se reflejaría en que la argumentación jurídica se considera como parte de un diálogo acerca de la aceptabilidad de un punto de vista jurídico. La evaluación por su parte, se centraría en la pregunta de si se ha defendido

³²³ Cfr. Platón, "Las Leyes", *Obras completas*, 2a. ed., s/t, Aguilar, Madrid, 1986, p. 1491.

³²⁴ Cfr. Plantin, Christian, *op. cit.*, pp. 33-39.

³²⁵ Cfr. Bandieri, Luis María, "Argumentación y composición de conflictos jurídicos", en Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge Guillermo (ed.), *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 30-55.

³²⁶ Cfr. Feteris, Eveline y Kloosterhuis, Harm, *op. cit.*, pp. 314.

el punto de vista exitosamente de acuerdo con puntos de vista compartidos y si se han cumplido ciertos estándares para una discusión racional.³²⁷

Es así, que el diálogo entre los participantes ha de estar presente en los esfuerzos por resolver una diferencia de opinión, aspecto que supone no excluir la intervención de los otros participantes, y que supone un intercambio reglado de opiniones para solucionar una opinión, o alcanzar un consenso, en su caso.

2. Notas en torno a la respuesta correcta

Un punto a destacar en la racionalidad dialógica apunta a contar con una relación entre el acuerdo universal en condiciones ideales y los conceptos de corrección y validez moral, así “son correctas y por tanto válidas justamente aquellas normas que, en un discurso ideal, serían estimadas correctas por todos”.³²⁸

Hans Kelsen, en su análisis de resultados de la interpretación jurídica – basada en la determinación del marco constituido por la norma y la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo- indicaba que dicha interpretación no conduce a una solución única, y por el contrario, puede presentar varias soluciones, que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor, si están de acuerdo con la norma a interpretar, y en donde los valores diferentes que se atribuyen a las soluciones dependerán de la consideración del punto de vista político o moral.³²⁹

Para Robert Alexy, ni el razonamiento práctico general, ni el razonamiento jurídico proporcionan un método para llegar a una solución definitiva a un caso difícil, lo que pueden crear son estructuras racionales para el razonamiento.³³⁰ Para dicho autor existen una serie de razones por las cuales su sistema de reglas no proporciona procedimiento alguno que permita alcanzar con seguridad en todo caso un único resultado a través de un número finito de operaciones, en tanto que: 1. Las reglas del discurso no incluyen ninguna determinación respecto de los puntos de partida del procedimiento, entendiendo por puntos de partida las respectivas

³²⁷ Cfr. Feteris, Eveline T., “A dialogical theory of legal discussion...”, *cit.*, p. 115.

³²⁸ *Ibidem*, p. 228.

³²⁹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, s/t, 7a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 1968, pp. 166-167.

³³⁰ Cfr. Alexy, Robert, “Derechos, Razonamiento Jurídico...”, *cit.*, p. 38.

convicciones normativas y las interpretaciones de los intereses existentes de los participantes; 2. Las reglas del discurso no establecen todos los pasos de la argumentación; 3. Las reglas del discurso tienen carácter ideal y, en consecuencia, sólo puede cumplirse de forma aproximada.³³¹

La imposibilidad de llegar a un único resultado parecería estar presente con la pragma-dialéctica, en tanto que solamente buscan solucionar una diferencia de opinión, sin pronunciarse sobre la existencia o no de una respuesta correcta. Lo anterior refleja nuevamente los alcances limitados de las reglas del discurso jurídico, que pese a ello, son significativos para orientar al juzgador para respetar a quienes intervienen en un juicio y la necesidad de argumentar la decisión judicial.

VII. CONSIDERACIONES FINALES DEL CAPÍTULO SEGUNDO

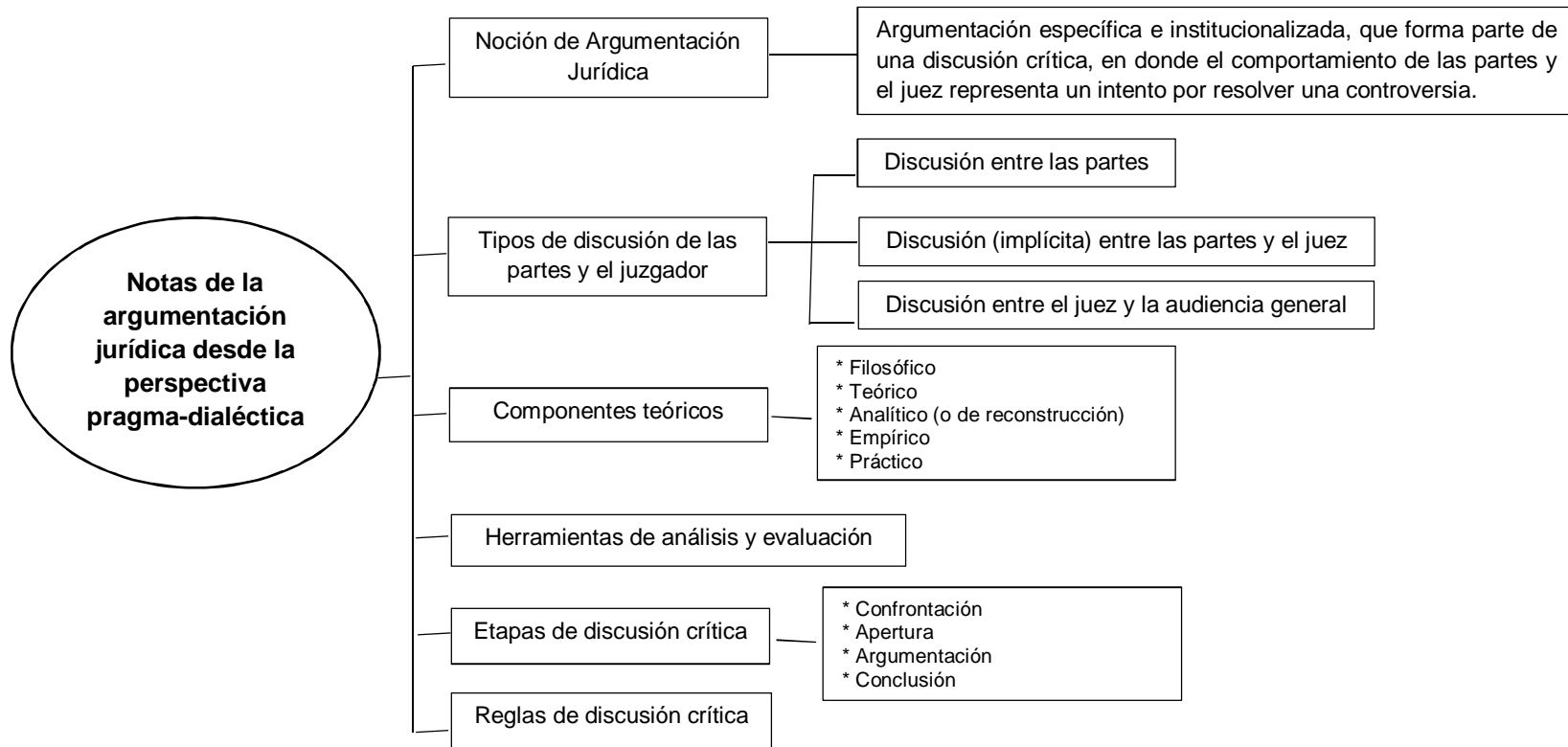
En el presente apartado se ha explorado el empleo de la pragma-dialéctica en el Derecho, la cual tiene el mérito de adicionar criterios para el análisis y evaluación de la actividad argumentativa en el Derecho, entre los que destaca el interés de la pragma-dialéctica por asegurar la conducción razonable de la discusión crítica en Derecho, el enfatizar el carácter procedimental de la argumentación, así como el respetar y reforzar el carácter dialógico de la argumentación jurídica.

Particularmente, las reglas de discusión crítica y el código de conducta para discutidores razonables constituyen una posible contribución desde la pragma-dialéctica para orientar el actuar del juzgador, en tanto que requiere considerar la intervención de las partes en juicio, interpretar debidamente los argumentos de las partes y sustentar debidamente la decisión judicial. De esta manera, las reglas en comento, además de proveer un esquema para analizar y evaluar el discurso crítico, también proporcionan elementos para que el juzgador pueda proveer de mejor sentido sus sentencias, mediante la invocación de argumentos y la consideración de las partes como participantes en un discurso.

³³¹ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 229-230.

En el siguiente Capítulo se identificará la relevancia que adquiere el juzgador en el Estado Constitucional de Derecho, así como la enunciación de la crítica a la neutralidad judicial a partir de la postura de los Estudios Críticos del Derecho, lo que en conjunto apunta a considerar la conveniencia de emplear la pragma-dialéctica para orientar el actuar razonable del juzgador.

ESQUEMA DEL CAPÍTULO SEGUNDO



El Esquema 2 enuncia los principales puntos sobre los cuales se basa la pragma-dialéctica al abordar el tema de la argumentación jurídica. En general, destaca la noción de argumentación jurídica, los tipos de discusión, los componentes teóricos, herramientas para el análisis y evaluación de la argumentación jurídica, las etapas de discusión crítica y las reglas de la discusión crítica.

CAPÍTULO TERCERO

EL JUZGADOR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LA CRÍTICA A LA NEUTRALIDAD JUDICIAL

“¿Tienes miedo de este oscuro lugar?

Sé sabio entonces y trae tu propia luz en tu interior.

¿Quieres que la noche de la tumba sea como la del día?

Pues entonces enciende ahí fuera, en el mundo, una lámpara llena de buenas acciones.”³³²

³³² Sa'di, *Cuentos de los derviches persas*, versión de Arthur Scholey, Madrid, Edaf, 2012, p. 223.

CAPÍTULO TERCERO

EL JUZGADOR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LA CRÍTICA A LA NEUTRALIDAD JUDICIAL

I. PANORAMA GENERAL

En los capítulos anteriores se refirió a la perspectiva pragma-dialéctica con la finalidad de proporcionar una noción de los antecedentes y postulados de dicha perspectiva. Igualmente, exploramos la manera en que se ha empleado dicha perspectiva en la Argumentación Jurídica.

En este contexto, con la finalidad de indagar otros posibles empleos de la pragma-dialéctica que permitan orientar la labor del juzgador, se realizará una breve referencia a la noción del Estado Constitucional de Derecho y la revaloración de la función jurisdiccional. Adicionalmente, se aludirá a la obligación del juzgador de fundamentar sus decisiones, así como las exigencias de la racionalidad y razonabilidad.

Junto con la referida exposición, se explorará la Teoría Crítica Norteamericana -representada por el Realismo Jurídico Norteamericano y los Estudios Críticos del Derecho-, la cual proporciona elementos de análisis adicionales que invitan a reconsiderar el rol del juzgador como persona, en cuanto a que su ideología puede incidir en el resultado de una decisión.

La presente temática permitirá indagar los alcances que desde la pragma-dialéctica se pueden desprender de la búsqueda de la sentencia deseada, y con ello, identificar los elementos que puedan reforzar el actuar razonable del juez, que en conjunto tiendan a que el juzgador provea de mejor sentido sus sentencias y fortalecer la confianza de la labor jurisdiccional en la resolución de controversias, lo cual se detallará en el Capítulo Cuarto de esta investigación.

II. EL REDIMENSIONAMIENTO DEL ACTUAR DEL JUZGADOR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

1. *La Constitución en el establecimiento de límites formales y materiales*

En términos generales, el Estado de Derecho es el “Estado que actúa mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, que protegen la autonomía individual, y que lo limitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente.”³³³

Si bien, excede de los alcances de la presente investigación el estudio histórico del Constitucionalismo,³³⁴ es dable proporcionar algunas notas en torno a la importancia de la Constitución y la ley, como un preámbulo a la revaloración del juzgador, que en suma permitirán reforzar la pertinencia de continuar con la búsqueda de criterios que orienten el actuar del juzgador, a fin de que responda a las exigencias del Estado Constitucional de Derecho.

Bajo este modelo de Estado, se presupone la supremacía de la Constitución, la cual además de establecer los límites sobre los cuales legislar,³³⁵ guiar la interpretación legislativa y ser el fundamento de la legislación ordinaria, se erige como máxima forma de garantía de los derechos y libertades, en tanto que representa una norma directiva fundamental a seguir en la realización de los valores constitucionales, con lo cual la Constitución no sólo es una norma fundamental de garantía, sino que además es una norma directiva fundamental para los sujetos políticamente activos, ya sean públicos o privados.³³⁶

³³³ De Asís, Rafael, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 122-123.

³³⁴ Para un esbozo histórico del Constitucionalismo, Véase Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2014, pp. 17-58; Zagrebelsky, Gustavo, *La Ley y su Justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2014, pp. 84-107. Asimismo, para una referencia a las ideas fundadoras del Estado de Derecho, Véase Cruz Gayosso, Moisés *et. al.*, *Teoría General del Estado*, México, Iure Editores, 2006, pp. 76-84.

³³⁵ Cfr. Tarello, Giovanni, *Cultura jurídica y política del Derecho*, trad. de Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 316.

³³⁶ Cfr. Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996, pp. 128-129.

En este marco, la Constitución desarrolla tres funciones: 1) Seguridad, referida a una justicia formal que alude tanto a la dimensión de organización procedimental de la democracia y a las reglas de juego que permiten a todos saber a qué atenerse, ya que dichas reglas indican los deberes y derechos de los ciudadanos, las competencias y los límites de los operadores jurídicos sus competencias y límites a las mismas, así como a los procedimientos a los que todos deben atenerse; 2) Justicia, referida a los contenidos de moralidad, valores superiores y principios fundamentales que informan a todo el ordenamiento, y 3) Legitimidad, que aparece como el fundamento necesario para que funcionarios y ciudadanos acepten los contenidos de seguridad y justicia.³³⁷

Ansuátegui Roig, supone que el constitucionalismo es una propuesta sobre los límites del poder, centrada en límites jurídicos, y en el cual la Constitución ocupa una posición de primacía normativa, cuya expresión en el mundo del Derecho da cuenta de la primacía moral de los derechos y libertades que ella reconoce y garantiza, y que a su vez supone un carácter operativo, llamada a desempeñar una acción limitadora del poder político y de todas aquellas realidades desde las cuales se puedan originar peligros o amenazas para los individuos.³³⁸ Para dicho autor, en los Estados Constitucionales, la Constitución posee una configuración institucional –jurídica y política- comprometida con los derechos.³³⁹ Así, el presupuesto mínimo de la Constitución sería el reconocimiento del hombre como persona responsable, así como una vinculación con la moral, cuyos problemas refieren a las condiciones de una vida social aceptable e involucra intereses vitales e inquietudes de los seres humanos.³⁴⁰ En este tenor, la Constitución representa la expresión de un consenso y unidad, ya no formal, sino material o sustantivo y, sobre todo, procedimental, donde han de coexistir distintas concepciones de la justicia.³⁴¹

³³⁷ Cfr. Peces-Barba, Gregorio, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos. Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2010, pp. 103-117.

³³⁸ Cfr. Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *Filosofía del Derecho y Constitucionalismo. Vertientes y Problemas*, Cali, Valle del Cauca, Colombia, Universidad Autónoma de Occidente, 2011, pp. 27-30.

³³⁹ *Ibidem*, p. 33.

³⁴⁰ Cfr. Welzel, Hans, *El problema de la validez del Derecho. Una cuestión límite del Derecho*, s/t, México, Ediciones Coyoacán, 2011, p. 69.

³⁴¹ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Fontamara, 1997, p. 37.

De esta manera, junto con la división de poderes, los derechos humanos adquieren una primacía destacada para guiar el pensamiento de los juristas,³⁴² así como el actuar de los poderes públicos y los particulares. Dichos derechos humanos, requieren desplegar su poder pleno al contemplarse o transformarse en Derecho Positivo,³⁴³ que correlativamente contengan las obligaciones jurídicas para hacer efectivos dichos derechos.³⁴⁴ En este contexto, la salvaguarda de los derechos fundamentales³⁴⁵ es una de las funciones más importantes del sistema jurídico, los cuales constituyen “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar.”³⁴⁶ Con ello, los derechos fundamentales, es decir, aquellos derechos consagrados en la Constitución, evocan a un particular sistema de pensamiento en torno al cual se estructurará el andamiaje Constitucional y en que la organización política debe estar encaminada a asegurar la satisfacción de las exigencias vinculadas a los derechos de los individuos, así como a los valores y principios morales en los que éstos se asientan.³⁴⁷

Excede de los alcances de la presente investigación indagar los contenidos óptimos para proteger los derechos de los individuos y asegurar la efectiva división de poderes; lo que sí es posible enunciar son las conquistas que se procuran

³⁴² Para Duncan Kennedy, en lo que se podría representar como la tercera globalización del pensamiento jurídico los derechos humanos juegan un papel significativo, de la misma manera en que los derechos privados lo desempeñaron en el pensamiento jurídico clásico y los derechos sociales lo jugaron en el pensamiento jurídico social. El reconocimiento de los derechos humanos implica el reconocimiento de una noción pluralista de del Derecho. Junto con los derechos humanos, Kennedy señala que la figura heroica la asume el juzgador. Cfr. Kennedy, Duncan, “Three Globalizations of Law and Legal Thought 1850-2000”, en Trubek, David y Santos, Álvaro (ed.), *The new law and economic development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 65. <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Three%20Globalizations%20of%20Law%20and%20Legal%20Thought.pdf>

³⁴³ Cfr. Alexy, Robert, “Discourse Theory...”, *cit.*, pp. 219-220.

³⁴⁴ Cfr. Suárez Romero, Miguel Ángel. “Estudio Comparativo de la Protección Jurídica de los Derechos Fundamentales. Los casos de España y México”, *Perspectivas del Derecho en México II, Segundo Concurso Nacional de Ensayo Jurídico*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 88.

³⁴⁵ En torno al empleo del término de los derechos fundamentales, Véase Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales I. Teoría General*, Madrid, Editorial Eudema, 1991, pp. 33-34.

³⁴⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.

³⁴⁷ Cfr. Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *op. cit.*, pp. 21-22.

conseguir con el contenido normativo, en tanto que ya no basta tan sólo con buscar proteger a los individuos de agresiones o violencia por parte de otros individuos,³⁴⁸ sino que incluso, se busca promover y ampliar los alcances de los derechos de los individuos, y en donde la división de poderes es igualmente un pilar significativo en la consecución de tales objetivos.

En este orden de ideas, el Estado Constitucional de Derecho se funda en un documento político-jurídico que además de establecer las obligaciones y limitaciones de los poderes públicos, impone un deber de protección, desarrollo, continuidad y promoción de una serie de valores y derechos, tendientes a asegurar la dignidad de los individuos.³⁴⁹ Aquí, la dignidad humana adquiere una relevancia singular para el Estado Constitucional de Derecho. Para Peter Häberle, la dignidad humana es la suma de valores fundamentales del Estado Constitucional y la democracia liberal, los cuales se erigen en límites de lo tolerable –para contrarrestar los intentos de un Estado totalitario- o crear garantías perennes por parte del Estado Constitucional.³⁵⁰ De esta manera, la Constitución establece una serie de condiciones formales y materiales a las cuales se han de sujetar los poderes públicos y los particulares a fin de proteger y promover el efectivo goce de los derechos de los individuos.

A partir de la Constitución, por tanto, es posible reforzar tanto el deber de gobierno de mantener la convivencia pacífica y de instaurar un sistema jurídico-político estable, organizar el poder y defensa de las libertades, así como el deber de buen gobierno que exigirá la resolución de las necesidades y pretensiones individuales, políticas económicas, sociales y culturales, así como el establecimiento de las obligaciones de los individuos, cuyo punto de apoyo estaría constituido por el respeto, libertad e igualdad.³⁵¹

³⁴⁸ Cfr. West, Robin, "Reconsidering Legalism", *Minnesota Law Review*, Minnesota, vol. 88, núm. 1, Noviembre 2003, pp. 131-141.

³⁴⁹ En torno a la dignidad de las personas como fundamento básico, Véase Peces-Barba, Gregorio, *Diez lecciones sobre Ética...*, cit., pp. 32-45.

³⁵⁰ Cfr. Häberle, Peter, *Verdad y Estado constitucional*, trad. de Guillermo José Mañón Garibay, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 115.

³⁵¹ Cfr. De Asís, Rafael, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 271-310.

En su carácter de fuente suprema del Derecho (desde el punto de vista de las jerarquías materiales y axiológicas), la Constitución cumple con características notablemente diferentes respecto de la ley, ya que mientras esta última cumple con la función de la certeza del Derecho y de la seguridad de las relaciones jurídicas, la Constitución se dirige en cambio a la coexistencia de valores conflictuales (o, al menos, tendencial y potencialmente conflictuales), mediante el empleo de técnicas particulares de redacción normativa.³⁵² En este esquema, las normas constitucionales, ya no son sólo consideradas como un límite a la legislación, sino que son el fundamento de todo el ordenamiento jurídico. Así, la legislación con sus notas distintivas,³⁵³ se encuentra sometida a una continua verificación de la compatibilidad o a un ajuste continuo de los principios constitucionales, y en este contexto, el jurista se percibe a sí mismo comprometido con llevar a cabo el proyecto constitucional, quien asume una parte activa del proceso de constitucionalización del ordenamiento y de la cultura jurídica.³⁵⁴

La anterior exposición apunta a considerar el principio de legalidad en el Estado Constitucional de Derecho, el cual además del seguimiento de formalidades, se relaciona con una validez material, bajo el cual se pretende dar una garantía de los derechos.³⁵⁵ Se habla de la legalidad positiva o formal en el Estado Constitucional, a aquella que se encuentra condicionada tanto por vínculos jurídicos formales como por vínculos sustanciales, lo cual supone que el Derecho contemporáneo programa tanto sus “formas” de producción, a través de normas de procedimiento sobre la formación de leyes y demás disposiciones, como sus contenidos sustanciales, los cuales se vinculan normativamente a los principios y valores inscritos en sus Constituciones.³⁵⁶ Así, la Constitución desempeña la

³⁵² Cfr. Pino, Giorgio, *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado Constitucional*, trad. de Horacio Sánchez Pulido *et. al.*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 231.

³⁵³ Para ahondar en torno a las diferencias entre la Constitución y la ley, Véase Zagrebelsky, Gustavo, *La Ley y su Justicia...*, *cit.*, pp. 112-134.

³⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 242.

³⁵⁵ Cfr. De Cabo Martín, Carlos, *Sobre el Concepto de Ley*, Madrid, Trotta, 2000, p. 65.

³⁵⁶ Cfr. Galiana Saura, Ángeles, *La Legislación en el Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 110.

función de una ley concebida como fuente suprema e incontestable, tanto en la esfera jurídica como moral.³⁵⁷

Aquí, la regla legislativa da origen a un orden jurídico superior, que rige a los gobernantes y gobernados, y en donde estos últimos tienen protección y seguridad dobles: por una parte, conocen previamente las disposiciones que podrán, llegado el caso, serles aplicadas por los administradores, o el Derecho que podrá serles enunciado por los jueces, y por otra parte, garantiza la seguridad de los ciudadanos, en tanto que dado el carácter abstracto e impersonal, la ley será dictada por la autoridad legislativa en un espíritu relativamente desinteresado, y por lo tanto en un espíritu más equitativo que las decisiones individuales inspiradas en el interés del momento o en consideración a las personas, de manera que la ley será tanto menos arbitraria u opresiva cuanto que todos, incluso los mismos gobernantes, estén igualmente sometidos a ella.³⁵⁸

Así, como parte del principio de legalidad, junto con la Constitución, las leyes serán las encargadas de garantizar la libertad y seguridad jurídicas a aquellos que se encuentren sometidos al sistema jurídico y político, lo que reafirma la importancia de mantener la objetividad en la elaboración y aplicación de las normas, a efecto de conseguir el correcto desarrollo y acertada interpretación de la Constitución, de donde se sigue que la legislación en el Estado Constitucional de Derecho requiere estar racionalizada y elaborarse en las bases de los principios y valores que la norma fundamental reconoce.³⁵⁹ En este punto, “la ley juega un papel necesario, una función ‘positiva’, en los derechos fundamentales, ya que éstos aunque gocen de eficacia directa, sólo adquieren su plenitud cuando legalmente se desarrollan las condiciones para su ejercicio.”³⁶⁰ Ciertamente, como lo indica Suárez Romero “las normas de carácter general y abstracto, es decir, las leyes en sentido

³⁵⁷ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 26.

³⁵⁸ Cfr. Carré de Malberg, R., *Teoría General del Estado*, trad. de José León Depetre México, Facultad de Derecho, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 279.

³⁵⁹ Cfr. Suárez Romero, Miguel Ángel, *Crisis de la Ley y Estado Constitucional. La Argumentación Jurídica del Legislador*, México, Porrúa, 2015, pp. 137-141.

³⁶⁰ Mora-Donatto, Cecilia, *Constitución, Congreso, Legislación y Control. Coordinadas para legisladores en tiempos de reelección*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cámara de Diputados. LXII Legislatura, 2015, p. 24.

formal y material en un Estado de Derecho serán las encargadas de garantizar la libertad y seguridad jurídicas a todos aquellos que se encuentren sometidos al sistema jurídico y político, aspecto que exige la objetividad en la elaboración y aplicación de las normas”.³⁶¹

De esta manera, tanto la Constitución como la ley representan los mecanismos adecuados para hacer exigibles los derechos de los individuos, establecer la esfera de facultades de los poderes públicos y salvaguardar los valores del Estado Constitucional de Derecho.

2. El juez como protector de la Constitución

Es posible identificar que las formulaciones del Estado Constitucional sitúan a los derechos de los individuos por encima del legislador y de la democracia, lo cual supone que los jueces se colocarían en una situación superior de los que tienen que desarrollarlos (el legislador), en tanto que aquéllos tienen la obligación de garantizar los derechos.³⁶² Así, uno de los aspectos que destacan desde el constitucionalismo radica en el reposicionamiento del lugar del juez,³⁶³ en tanto que la efectiva protección de los derechos contenidos en la Constitución, supone una participación activa de los juzgadores en la función de protección de los derechos fundamentales,³⁶⁴ a la vez que limitan el poder del Órgano Legislativo (y se agregaría del Ejecutivo) cuando se considere que sus actos transgreden lo dispuesto por la Constitución.

Lo anterior, supondría una alteración del modelo del Estado de Derecho liberal, el cual colocaba en posición de superioridad al parlamento, como expresión de soberanía popular, el cual se encuentra limitado por el Poder Judicial.³⁶⁵ Así, el legislador ya no es la viva voz del soberano, legitimado para dictar normas con

³⁶¹ Cfr. Suárez Romero, Miguel Ángel, “Estado constitucional y argumentación jurídica en sede legislativa”, *Derechos y libertades*, núm. 28, época II, enero 2013, p. 152.

³⁶² Cfr. De Asís, Rafael, *Una aproximación a los modelos...*, cit., pp. 129-130.

³⁶³ Cfr. Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 100.

³⁶⁴ Cfr. Ibáñez, Perfecto Andrés, “Independencia Judicial y los derechos del juez”, en Saiz Arnaiz, Alejandro, *Los derechos fundamentales de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 48; De Asís, Rafael, *Una aproximación a los modelos...*, cit., pp. 129-130.

³⁶⁵ Cfr. Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *op. cit.*, pp. 34-35.

cualquier contenido, sino que, sin convertirse tampoco en un autómatas ejecutor de la Constitución, ha de acomodar su política a las exigencias constitucionales.³⁶⁶ Para Rudolf Stammler, la labor del juzgador favorece el destino del individuo de ser o llegar a ser una personalidad interiormente libre, de manera que para dicho autor, todas las buenas intenciones de la legislación “no les sirve de nada a los miembros de la comunidad jurídica si la seguridad de la realización del Derecho no aparece garantizada por tribunales imparciales y competentes.”³⁶⁷

La limitación que el Poder Judicial realiza a los otros poderes, no implica una primacía de éste sobre el resto de los poderes, en tanto que el Estado Constitucional de Derecho supone un redimensionamiento en las funciones del juzgador, a quien se le otorgan más responsabilidades en aras de proteger los derechos de los individuos consagrados en la Constitución y de coadyuvar con la limitación del poder de los otros órganos. De esta manera, la aplicación del Derecho produce una interacción creativa y colaboración múltiple de los diversos planos de las fuentes del Derecho (tales como principios generales del Derecho, derechos humanos reconocidos internacionalmente, entre otros), lo que supone que los principios constitucionales y las normas legislativas interactúan de múltiples formas en el ámbito de los derechos fundamentales.³⁶⁸ Pese a las restricciones dirigidas al órgano legislativo, es preciso señalar que el Estado Constitucional no debe suponer una sustitución de los poderes del Estado, ni una preeminencia de cualquiera de dichas funciones frente al resto, sino que cada una tiende a constituir un equilibrio y un freno a los dos poderes que se encuentran frente de sí.³⁶⁹

En la labor de protección de los derechos y limitación de los poderes públicos, Maurice Duverger advertía de las consecuencias políticas de los tribunales, en tanto que la imparcialidad de los tribunales de derecho privado afecta a la igualdad y el control de los gobernantes para que actúen dentro de los límites

³⁶⁶ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo...*, cit., p. 17.

³⁶⁷ Stammler, Rudolf, *El Juez*, s/t, México, Fontamara, 2013, p. 78.

³⁶⁸ Cfr. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 127.

³⁶⁹ Cfr. Suárez Romero, Miguel Ángel, *Crisis de la Ley y Estado Constitucional...*, cit., p. 134.

del Derecho, esto es, aplicando el principio de legalidad.³⁷⁰ La enunciación de las consecuencias políticas permite corroborar que las sentencias sí tienen efectos en la sociedad, lo cual exhorta a pensar en el compromiso del juez con la sociedad y el Estado Constitucional de Derecho.

Bajo este esquema, se tiene una expectativa de que los tribunales constitucionales enfoquen la Constitución de un modo relativamente independiente de las coacciones y del mantenimiento de los intereses del poder, en tanto que la existencia de controles judiciales sobre las instancias políticas obliga a plantear la cuestión constitucional de forma imparcial.³⁷¹ Dicha expectativa es extensiva para los demás juzgadores, a quienes se les exige neutralidad, de forma tal que las decisiones no prejuzguen el resultado del proceso y mantengan el equilibrio entre las partes, e igualmente se les exige imparcialidad en cuanto al resultado, que supone que el juez se comprometa con la verdad de los hechos que considera probados y con la corrección de la decisión.³⁷²

Lo expuesto en el presente apartado evidencia el destacado compromiso que adquieren los jueces para limitar a los otros poderes cuando se considera que afectan los derechos de los individuos. Bajo este compromiso, el juzgador requiere actuar de manera racional y razonable conforme a los requerimientos del Estado Constitucional de Derecho. Una cuestión adicional que se impone desde el Estado Constitucional de Derecho es la pertinencia de fijar la justificación en la producción normativa, tema que se explorará a continuación.

3. La justificación en la producción normativa

En general, el Estado de Derecho (en contraste con el gobierno del hombre) supone no estar sujeto a los caprichos imprevisibles de otros individuos, bien sea monarcas, jueces, funcionarios del gobierno o conciudadanos, lo que conlleva una

³⁷⁰ Cfr. Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, 5a. ed., trad. de Isidro Molas et. al., Barcelona, Ariel, 1970, pp. 220-244.

³⁷¹ Cfr. Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, Madrid, Trotta, 2006, p. 36.

³⁷² Cfr. Aguiló Regla, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Lima-Bogotá, Palestra, Temis, 2005, pp. 71-76.

protección de las conocidas debilidades humanas de la arbitrariedad, la pasión, los prejuicios, el error, la ignorancia, la avaricia o el capricho.³⁷³ Esta preocupación ya la advertía Montesquieu al referir que en los Estados despóticos ante la ausencia de leyes, el juez es guía de sí mismo.³⁷⁴ Incluso, se pudiera encuadrar como una injusticia para el Derecho que el juzgador, como autoridad, realice estipulaciones en beneficio personal o de sus amigos, partido o facciones, y no al bien común; que exceda de los límites de su autoridad; que incurra en abusos o injusticia, o que en transgresión a la justicia distributiva, se niegue algún bien, vida o empresa a un grupo en particular (otorgándosela a otro grupo) o se imponen cargas que no son aplicables a otros.³⁷⁵

Alf Ross señalaba que las reglas de competencia creadas por la autoridad pública se caracterizan por crear un poder o potestad que corresponde a ciertas personas calificadas para crear normas que obliguen a otros, y no se otorgan con miras de que se use libremente por la persona competente, a su discreción, sino que su ejercicio es un deber, un cargo público en el sentido más amplio, y cuando se ejerce, existe el deber de usar el poder de manera imparcial y sin prejuicios, para promover ciertos fines sociales.³⁷⁶ Para dicho autor, la función social del poder es servir los intereses de la comunidad, bajo un bien común. De esta manera, el juez no podría ejercer su poder libremente o en interés propio, sino que está obligado por su deber oficial a servir los intereses de la comunidad.³⁷⁷ Si se retoma lo expuesto por Ross, al parecer la imparcialidad que se exige al juzgador se encuentra asociada a la necesidad de cumplir con una serie de deberes frente a la comunidad enfocados en alcanzar el bien común, de manera que el juzgador tendría que despojarse de sus intereses personales para asumir las responsabilidades que impone el cargo.

³⁷³ Cfr. Tamanaha, Brian Z., *En torno al Estado de Derecho. Historia, política y teoría*, trad. de Alberto Supelano, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 256.

³⁷⁴ Cfr. Montesquieu, *Del espíritu de las Leyes*, 19a. ed., trad. de Nicolás Estévez, México, Porrúa, 2013, p. 71.

³⁷⁵ Cfr. Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1980, pp. 352-354.

³⁷⁶ Cfr. Ross, Alf, "Sobre los conceptos de 'Estado' y 'Órganos del Estado' en Derecho Constitucional", trad. de Eduardo A. Vázquez, *El Concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991, p. 91.

³⁷⁷ *Ibidem*, pp. 91-92.

Junto con el interés de evitar caprichos imprevisibles, existe una preocupación por prevenir y reprimir la ilegalidad que supone actuar contrario a Derecho.³⁷⁸ Para Roscoe Pound, si bien no es posible excluir en su totalidad el elemento personal subjetivo en los procesos judiciales y administrativos, la historia del Derecho demuestra que se pueden lograr ciertos avances, a lo cual agrega el autor, que la civilización descansa en acabar con la arbitrariedad y las deliberadas intenciones y sustituirlos por la razón.³⁷⁹

De esta manera el juez no puede decidir de manera caprichosa o subjetiva, y por el contrario requiere justificar su decisión con el Derecho mismo.³⁸⁰ En esa búsqueda por evitar que los caprichos guíen la conducción del Estado de Derecho, se percibe una preocupación por establecer en la ley las facultades de los órganos del poder público, condicionar la producción normativa a la exposición de razones y obligar al juez a dictar decisiones que sean material y procesalmente conformes al Derecho.³⁸¹ Al efecto, adquiere especial relevancia la racionalidad concebida como “la justificación de la decisión a través de la norma aplicada, de los hechos probados, de los razonamientos y de las valoraciones.”³⁸² Como se puede apreciar, la racionalidad al exigir la referencia a la norma, los hechos, los razonamientos y las valoraciones, atenuaría cualquier posibilidad de que los caprichos del juzgador prevalezcan en una sentencia.

En el terreno del Derecho toda decisión jurídica general o particular debe estar apoyada en razones que la justifiquen, con un respaldo de un discurso argumentativo que exprese los razonamientos que validen la decisión respectiva, de lo contrario, la decisión podría ser tachada de irracional en el terreno lógico o de inválida desde el punto de vista jurídico.³⁸³ Bajo el constitucionalismo, la justificación se vincula con una teoría de la producción normativa, la cual no solamente se

³⁷⁸ Cfr. Hernández Marín, Rafael, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 256-257.

³⁷⁹ Cfr. Pound, Roscoe, *Social control through Law*, New Haven, Yale University Press, 1942, p. 33.

³⁸⁰ Cfr. Leibholz, Gerhard, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, 2a. ed., Múnich y Berlín, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1959, pp. 82-83.

³⁸¹ Cfr. Hernández Marín, Rafael, *Las obligaciones básicas...*, cit., p. 268.

³⁸² Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho...*, cit., p. 83.

³⁸³ Cfr. Suárez Romero, Miguel Ángel y Conde Gaxiola, Napoleón, *Argumentación Jurídica*, 2a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 20.

encuentra centrada en el ejercicio de competencias por parte de autoridades, en el marco de determinados procedimientos, sino también abierta a razones, argumentos y justificaciones, y si se quiere congruencia con principios y reglas constitucionales.³⁸⁴ Igualmente, en un Estado Constitucional de Derecho, la justificación resulta indispensable para legitimar al intérprete, quien requiere justificar su decisión con buenas razones.³⁸⁵

A partir de lo anterior, las decisiones jurídicas requieren estar apoyadas de un aparato argumentativo, el cual bajo la base de una falibilidad está sujeto a cuestionamiento por las partes en un juicio, jueces superiores, abogados o la comunidad jurídica en general. Lo anterior, conduce a que una argumentación presupone siempre un problema cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas al tipo de problema de que se trate.³⁸⁶ Así, la actividad argumentativa requiere del empleo de argumentos, es decir, enunciados que contienen una razón para justificar una afirmación, decisión o propuesta.³⁸⁷ De esta manera, lo que hace aceptable o convincente una decisión son las razones que la sostienen, los argumentos que la respaldan.³⁸⁸

Aterrizado el tema anterior a la labor del juez, éste asume una obligación de ofrecer una respuesta fundada en Derecho ante cualquier caso que se les plantee,³⁸⁹ lo cual conlleva que la actividad decisoria de juzgar ha de realizarse en el seno de estructuras normativas que la preserven de la arbitrariedad.³⁹⁰

De esta manera, la justificación es una exigencia del Estado Constitucional de Derecho, tendiente a brindar seguridad jurídica y evitar la arbitrariedad o subjetividad en que puedan incurrir los individuos encargados de la creación, modificación, aplicación o derogación de las normas jurídicas. En el caso concreto del juzgador, las decisiones deberán contar con un adecuado análisis y

³⁸⁴ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo...*, cit., p. 25.

³⁸⁵ *Ibidem*, pp. 44-45.

³⁸⁶ Cfr. Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 108-110.

³⁸⁷ Cfr. García Amado, Juan Antonio, *Razonamiento Jurídico y Argumentación...*, cit., p. 66.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 89.

³⁸⁹ Cfr. Barranco Avilés, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 19.

³⁹⁰ Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2010, p. 104.

consideración de las normas y principios jurídicos, consistencia lógica, así como exigencias discursivas enfocadas a proveer elementos para justificar adecuadamente las decisiones, lo cual apunta a considerar la necesidad de que los jueces se ajusten a determinadas exigencias para realizar correctamente su labor, tema que se abordará en el siguiente numeral.

III. PRESUPUESTOS DEL JUZGADOR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

1. *La racionalidad y razonabilidad del juzgador*

En los Capítulos Primero y Segundo se abordó el tema de la racionalidad -como el uso de la razón- y la razonabilidad -como el uso correcto de la razón- bajo los cuales se han de conducir los participantes en un discurso crítico, que también es extensivo para el Derecho. Quedarían por mencionar algunos aspectos que realzan la pertinencia del actuar razonable del juzgador, desde el punto de vista de la teoría estándar de la argumentación jurídica. Dicho tema exhorta a considerar la relevancia de la razonabilidad del juzgador para dotar de un mejor sentido sus sentencias, de manera que tanto formal y materialmente cumplan las exigencias propias de un Estado Constitucional de Derecho.

En general, se asume que la racionalidad jurídica “es un razonamiento práctico en cuanto procura la justificación de una norma, o de una acción en términos de conformidad con esa norma, para definir ámbitos de derechos y obligaciones.”³⁹¹ Bajo el supuesto de la racionalidad, se impone que los jueces actúen sobre la base de la creencia de que las disposiciones jurídicas son razones válidas para la acción, las cuales a su vez, fungen como razones excluyentes al no tomar en consideración las razones no jurídicas, excepto cuando el Derecho permite actuar sobre la base de razones no jurídicas.³⁹² Desde esta perspectiva, el actuar

³⁹¹ López Villegas, Eduardo, *Derecho y Argumentación*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, 2011, p. 183.

³⁹² Cfr. Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 199.

racional del juzgador supone ajustarse en general al Derecho, el cual determinará cuándo es posible aludir a razones no jurídicas.

Para Luis Prieto Sanchís la legitimidad del intérprete en el Estado Constitucional reposa en el ejercicio de la racionalidad.³⁹³ Así, los esfuerzos realizados por los juzgadores al justificar sus decisiones y por los juristas al derivar y evaluar las consecuencias que de ellas se siguen, se encuentran condicionados tanto por las exigencias racionales del rol que desempeñan como por las herramientas metodológicas de las que disponen para satisfacerlas legítimamente.³⁹⁴ En este punto, pareciera que el actuar racional se vincula con la posible emisión de una decisión más sólida y consistente.

Por su parte, Ernesto Garzón Valdés expone una comparación entre las exigencias de la racionalidad y razonabilidad. Al efecto, la racionalidad requiere el respeto de la consistencia lógica en la formulación de las leyes o normas, así como a la exigencia de que los argumentos que se aduzcan deben ser racionalmente accesibles, esto es, tienen que ofrecer ‘razones puente’, que permitan ser recorridas y comprendidas por todos aquellos que deseen participar en la correspondiente empresa científica. Por su parte, la razonabilidad estaría condicionada por las experiencias y pautas de una sociedad que son las que fijan el marco de lo razonablemente esperable.³⁹⁵ En la exposición de Garzón Valdés tanto la racionalidad como la razonabilidad recaen en criterios externos al individuo, bien sea por tratarse de un acatamiento a la lógica y empleo de argumentos, bien bajo experiencias y pautas de la sociedad.

De una manera más amplia, para Luis Recaséns Siches, la razonabilidad corresponde al dominio del logos de lo humano, de la acción humana, que permitiría realizar la interpretación de una norma general respecto de los casos singulares, la individualización de las consecuencias de esa norma para tales casos, y las variaciones que la interpretación y la individualización deban experimentar, para lo

³⁹³ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo...*, cit., p. 45.

³⁹⁴ Cfr. Martín Perot, Pablo, *Servir al Estado de Derecho. Persecución penal de delitos contra la humanidad en Argentina*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 80-81.

³⁹⁵ Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, “¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?”, *Revista de la Facultad*, Córdoba, Argentina, vol. 6, núm. 1, 1998, pp. 218-232.

cual no sirven las razones de tipo matemático, ni la lógica tradicional, ni la razón pura.³⁹⁶ Para dicho autor, la razonabilidad involucraría observaciones y experiencias de realidades varias, de realidades humanas y no humanas, y en donde intervienen juicios de valor, estimativos derivados sobre fines, sobre la bondad o no de los medios y sobre la adecuación, así como la eficacia de los medios para conseguir la realización de los fines propuestos, lo cual permitiría percatarse de la realidad y sentido de los hechos, de las valoraciones en que se inspira el orden jurídico positivo, o de las complementarias que produzca el juez en armonía con dicho sistema positivo para llegar a una solución satisfactoria.³⁹⁷

La aproximación de Recaséns Siches permite advertir que la razonabilidad no se limita solamente al ámbito de la lógica, sino que involucra otros elementos a considerar (valores, experiencia, eficacia, entre otros), que permiten advertir la realidad y valoraciones que subyacen en el orden jurídico. Aunque con distintos alcances, las posturas referidas en torno a la razonabilidad se asocian con una serie de condicionamientos, observaciones, experiencias y valoraciones que el individuo ha de asumir en su actuar.

Neil MacCormick ofrece una noción de la manera en que se distingue una persona razonable y las consecuencias de su actuar. Para dicho autor, la persona razonable tiene la virtud de la prudencia y la usa al actuar, lo que implica no apresurarse a deducir conclusiones sino a considerar la evidencia y tomar en cuenta diferentes puntos de vista, y que ante un dilema práctico que pueda envolver valores e intereses diferentes, buscan reconciliarlos o actuar de acuerdo al más importante de los valores en conflicto. En este sentido, las personas razonables son objetivas y no están apasionadas por sus propios proyectos o intereses (aunque pueden estar comprometidos con ellos) hasta el punto de ser incapaces de tomar momentáneamente distancia de ellos y mirar la situación desde el punto de vista de otros.³⁹⁸ Como se puede apreciar, MacCormick ya aterriza la razonabilidad como

³⁹⁶ Cfr. Recaséns Siches, Luis, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956, pp. 140-158.

³⁹⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 175.

³⁹⁸ Cfr. MacCormick, Neil, "Razonabilidad y objetividad", trad. de Fernando Atria, *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, Chile, núm. 45, 2000, p. 405.

una cualidad en el individuo y la manera en que se refleja esa cualidad en la solución de un conflicto determinado, al garantizar condiciones de objetividad, reconciliación y hasta cierto punto imparcialidad.

En una aproximación adicional a la razonabilidad, concretada en el discurso, se ubica la postura de Luc J. Wintgens, quien se pronuncia en el sentido de que si bien no existen criterios a priori para la razonabilidad, ésta surge a través del discurso, en el cual la subjetividad individual, esencialmente unida a la existencia de los otros, no se conduce con ellos, sino que preserva un núcleo de individualidad a través de su existencia social, de manera que la conciencia moral del individuo implica la existencia y el reconocimiento de los otros como actores moralmente independientes, y como ser social, el individuo no puede existir de otro modo que constituido por una forma de individualidad que encuentra su origen en lo social, aunque éste al mismo tiempo aparece como su límite.³⁹⁹

Esta postura ya contextualiza la razonabilidad en el marco del discurso, bajo el cual se busca que el individuo tome conciencia de su relación con sus semejantes y con la moralidad, lo que evitaría que el individuo se guíe por su propia subjetividad, capricho o arbitrio. Este tema, será objeto de una mayor reflexión en el siguiente capítulo, con la finalidad de determinar la manera en que la pragmática dialéctica puede reforzar el carácter razonable del juzgador.

Pese a la diferencia existente entre las posturas mencionadas, se observa que la razonabilidad genera una expectativa en un actuar, y que en el caso del Derecho, se vincula con la adecuada y satisfactoria solución de conflictos de manera objetiva e imparcial. Con la razonabilidad no se trata de optar por una decisión salomónica o aspirar a un resultado que satisfaga a todas las partes que intervienen en una decisión, bajo una función de arbitrar entre los diferentes intereses,⁴⁰⁰ en tanto que se trata de ver que el juzgador no haya actuado arbitrariamente al decidir, ni haya afectado desproporcionadamente a alguna de las partes en juicio, derivado de un posible seguimiento de una ideología a que se

³⁹⁹ Cfr. Wintgens, Luc J., "Retórica, razonabilidad y ética. Un ensayo sobre Perelman", trad. de Isabel Linfante, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, núm. 14, 1993, p. 204.

⁴⁰⁰ En torno a las dificultades para alcanzar un resultado que satisfaga a todas las partes, Véase Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable...*, cit., p. 37.

adscriba el juzgador. Por ello, es pertinente reforzar la exigencia de que el juzgador se conduzca razonablemente para asegurar la confiabilidad de sus decisiones.

Un aspecto adicional a considerar radica en el presupuesto de imparcialidad e independencia del juzgador, temas que se abordarán a continuación.

2. Imparcialidad e independencia del juzgador

El ejercicio de la jurisdicción es una actividad de naturaleza esencialmente cognoscitiva, no política, representativa o de participación; se encuentra sujeta a la ley, garante de los derechos fundamentales y, en esa medida, de ámbitos con una inevitable dimensión de contrapoder.⁴⁰¹ En términos generales, se ha querido ver al juez como “un agente institucional para la resolución de controversias o conflictos en el Estado constitucional y, por tanto, su posición de tercero imparcial (no contaminado de la parcialidad con una de las partes) es la nota distintiva en el ejercicio de la actividad jurisdiccional.”⁴⁰²

Montesquieu ya externaba un interés por un juez imparcial, al afirmar que resultaba inaceptable que en la monarquía fueran los ministros del príncipe los que juzgaran en materia contenciosa, en tanto que mientras los consejeros debían tomar los asuntos con algo de pasión, en los tribunales judiciales conviene ver las cuestiones con serenidad, en cierto modo con indiferencia.⁴⁰³ Dicho autor, al centrar la libertad política como objeto del Estado -que supone la tranquilidad de espíritu de un ciudadano resultante de la confianza en su seguridad-, señala que no puede existir libertad si el poder de juzgar no está deslindado de los otros poderes, ya que si no está separado del legislativo se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos, en tanto que si no está separado del ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.⁴⁰⁴ Con ello, los juicios sólo podían ser un texto preciso de la ley, y en donde los jueces son la boca que pronuncia las palabras de

⁴⁰¹ Cfr. Ibáñez, Perfecto Andrés, “Independencia Judicial...”, *cit.*, p. 49.

⁴⁰² Jiménez Asensio, Rafael, “Imparcialidad Judicial: su proyección sobre los deberes (código de conducta) y derechos fundamentales del juez”, en Saiz Arnaiz, Alejandro, *Los derechos fundamentales...*, *cit.* p. 29.

⁴⁰³ Cfr. Montesquieu, *op. cit.*, pp. 74-75.

⁴⁰⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 146.

la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma.⁴⁰⁵ La referencia a Montesquieu advierte un interés de inhibir cualquier influencia de los otros órganos del Estado en la actividad jurisdiccional.

Para Aguiló Regla, en un esquema de justicia procesal -que en términos generales refiere al procedimiento seguido tendiente a producir resultados justos-, la actitud opuesta a la neutralidad corresponde a la de aliado o partidario, en tanto que la actitud opuesta a la del imparcial es la de parcial, que supone que un sujeto que está en esas actitudes pierde su condición de tercero ante el conflicto en cuestión. En cuanto director del proceso, al juez se le exige centralmente neutralidad entre las partes en conflicto, de forma que las decisiones que toma no prejuzguen el resultado del proceso y mantengan el equilibrio entre ellas; sin embargo, ante el resultado, al juez se le exige imparcialidad, ya que está llamado a decidir dicho resultado, y está comprometido con la verdad de los hechos que considera probados y con la corrección de la decisión adoptada.⁴⁰⁶ Incluso, la imparcialidad de los jueces se ha erigido como un presupuesto para lograr la seguridad jurídica, la cual exige claridad y delimitación en las potestades de la autoridad pública, así como en los derechos y obligaciones de los individuos frente al Estado, otros organismos y particulares.⁴⁰⁷

Para Zagrebelsky, la jurisdicción puede ser entendida como “una actividad ciertamente dirigida a la tutela de las posiciones ‘terceras’ y, por tanto, tiene como fin un interés que no corresponde al sujeto juzgador, cuya condición de ajeno respecto a los intereses concretos en juego es considerada una componente esencial.”⁴⁰⁸ En este tenor, la imparcialidad se vincula con una exigencia de que el juzgador no asuma la defensa o ataque de una de las partes en conflicto y por el contrario, busque un equilibrio entre las partes y la verdad de los hechos.

Junto con la imparcialidad, es posible aludir a la exigencia de independencia judicial, que supone que las autoridades jurisdiccionales sí tienen un deber de

⁴⁰⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 147-151.

⁴⁰⁶ Cfr. Aguiló Regla, Josep, *La Constitución del Estado...*, cit., pp. 71-76.

⁴⁰⁷ Cfr. Scholz, Franz, *Die Rechtssicherheit*, Berlín, Walter der Gruyter & Co, 1955, p. 3.

⁴⁰⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional? Y otros ensayos de justicia constitucional*, trad. de María Cecilia Ainciburu, Santiago de Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2004, p. 21.

independencia, de manera que las únicas razones que pueden invocar para justificar sus decisiones tienen que estar suministradas por el propio orden jurídico y, no pueden actuar en representación de intereses sociales extraños al Derecho, lo cual es distintivo de las autoridades políticas, que como tal no tienen un deber de independencia.⁴⁰⁹ La independencia del juez constituye una garantía frente a la Administración y terceros, que apunta a un árbitro neutral que asegura que la omnipresencia del Estado, o que el mayor potencial económico, social o político de algunas personas, no suponga que, en un conflicto de intereses, la balanza se inclinen en su favor y en detrimento del desprotegido.⁴¹⁰

Al efecto, la independencia judicial se encuentra prevista en distintos ordenamientos que buscan establecer su significado y su protección, con la finalidad de que el juez pueda emitir decisiones específicas, sin el temor de sufrir sanciones, lo cual se complementa con independencia institucional, que busca generar entornos y sostener el rol de los juzgadores, a través de su permanencia en el puesto, salario remunerador, mecanismos de remoción, entre otros.⁴¹¹ Igualmente, el marco jurídico en lo general contiene provisiones tendientes a evitar una colusión de intereses entre el objeto del conflicto que deba dirimir y su propia actuación o intereses.⁴¹² Si bien, se ha mencionado que las amenazas de la independencia judicial podrían provenir de otros poderes, aún habríamos de agregar aquellas presiones prevenientes de los medios y el carácter de los litigantes, por ejemplo, que pudieran intervenir en la selección de los juzgadores, reglas del procedimiento y cobertura de las decisiones por los medios.⁴¹³

Como se puede apreciar, el orden jurídico contempla disposiciones para salvaguardar la independencia e imparcialidad de los juzgadores, las cuales pretenden evitar que el juzgador se someta a influencias externas para decidir. Sin

⁴⁰⁹ Cfr. Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 121-123.

⁴¹⁰ Cfr. Serra Cristóbal, Rosario, *La libertad ideológica del Juez*, Valencia, Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia, 2004, p. 65.

⁴¹¹ Cfr. Resnik, Judith, *Judicial Independence*, en Amar, Vikram David y Tushnet, Mark V. (ed.), *Global Perspectives on Constitutional Law*, Nueva York, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 16.

⁴¹² Cfr. Jiménez Asensio, Rafael, "Imparcialidad Judicial...", *cit.*, pp. 31-32.

⁴¹³ Cfr. Resnik, Judith, *op. cit.*, pp. 17-18.

embargo, junto con esas disposiciones, la crítica jurídica agrega un elemento adicional a considerar, que se engloba en la crítica a la neutralidad judicial, que supone indagar el tipo de ideología inmersa en una sentencia.

IV. LA CRÍTICA A LA NEUTRALIDAD JUDICIAL

1. *La crítica jurídica en el Realismo Jurídico Norteamericano y los Estudios Críticos del Derecho*

A. El surgimiento del Realismo Jurídico Norteamericano

Si se asume que uno de los retos del constitucionalismo contemporáneo es identificar otras instancias de Poder, vinculadas con el mercado, religiones o ideología, a los cuales el Derecho –y los derechos- también les obligan,⁴¹⁴ resultaría interesante conocer los efectos que reviste la ideología en la decisión judicial. Tal aproximación incluso podría arrojar indicadores adicionales para determinar si en un caso existe sumisión del Poder Judicial al Poder Político,⁴¹⁵ bajo qué factores y de qué manera generaría una desconfianza en la ciudadanía.

Más allá de vincular la ideología con la impredecibilidad judicial -referida a un status jurídico en el que no es posible saber de antemano qué será de los derechos y deberes de ese status en caso de que sean cuestionados y llevados ante la jurisdicción para que ésta se pronuncia sobre ellas-⁴¹⁶ o de indicar el engaño de los participantes acerca del significado de la práctica, su participación en ella o la distorsión de la práctica,⁴¹⁷ se explora la dinámica del seguimiento ideológico del juzgador en la decisión judicial, un tema que ha sido objeto de estudio en la crítica

⁴¹⁴ Cfr. Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 39.

⁴¹⁵ En torno a la sumisión de los jueces a la política y la consecuencia servidumbre del Poder Judicial al Poder político y la absorción de la Justicia por la Política, Véase Nieto, Alejandro, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 143-147.

⁴¹⁶ Cfr. Laporta, Francisco J., “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”, en Laporta, Francisco J. *et. al.*, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 57.

⁴¹⁷ Cfr. Bix, Brian, *Teoría del Derecho: ambición y límites*, trad. de Pablo E. Navarro *et. al.*, Barcelona, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 184.

jurídica interna de los Estudios Críticos del Derecho, cuya comprensión requiere una breve referencia al Realismo Jurídico Norteamericano.

El Realismo Jurídico Norteamericano, antes de ser un movimiento teórico, fue un movimiento de reforma desarrollado en el marco del enfrentamiento entre la política del *New Deal* y la resistencia conservadora del Tribunal Supremo, de donde surge la separación temporal y metodológica entre ser y deber-ser, manifestada al servicio de objetivos prácticos, tanto críticos (denuncia de una cierta dogmática formalista como encubridora de decisiones judiciales conservadoras) como constructivos (el propósito de adaptar el Derecho a la dinámica social), posturas que se convirtieron en enfoques comunes de investigación, enseñanza y práctica del Derecho en Estados Unidos al finalizar los años cincuenta.⁴¹⁸ Bajo esta perspectiva, los Realistas criticaron el formalismo conceptual y el formalismo de la norma.⁴¹⁹

Si bien parecería que la crítica estaría limitada a una situación particular en cuanto a tiempo y lugar, la postura de los representantes del Realismo Jurídico Norteamericano puede ser significativa para identificar diversos problemas que derivan de las limitaciones y seguimiento ideológico del juzgador, sobre todo por la expectativa compartida de contar con un juzgador razonable, imparcial y neutral, separado de los otros poderes y de otro tipo de presiones, y que pueda realizar adecuadamente su función, tema que se abordará en los siguientes apartados.

B. La postura de los Estudios Críticos del Derecho

La crítica jurídica interna de los Estudios Críticos del Derecho (Critical Legal Studies o *CLS* –por sus siglas en inglés), surge en el contexto de las turbulencias políticas, sociales y económicas surgidas en la década de los setentas en Estados Unidos de América,⁴²⁰ así como del compromiso asumido con los valores de la

⁴¹⁸ Cfr. Hierro, Liborio, “Realismo Jurídico”, en Ernesto Garzón Valdés y Laporta, Francisco J. (ed.), *El Derecho y la justicia*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2000, pp. 80-81.

⁴¹⁹ Cfr. Tamanaha, Brian Z., *op. cit.*, pp. 165-167.

⁴²⁰ En torno al contexto histórico que incidió en la gestación de los Estudios Críticos del Derecho, véase Tushnet, Mark, “Critical Legal Studies: A Political History”, *The Yale Law Journal*, New Haven, Vol. 100, núm. 5, número de Centenario, Marzo 1991, pp. 1530-1534; Pérez Lledó, Juan A, *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Editorial Tecnos, 1996; Robles Vázquez, Jorge y Tovar

tolerancia, la libertad de expresión y de cátedra, el respeto a las minorías y, en especial, el pluralismo y la diversidad académica.⁴²¹ Entre la temática de los *CLS* se encuentra la crítica a la neutralidad judicial, bajo los postulados de Duncan Kennedy, Roberto Mangabeira Unger, Mark Tushnet o Robert Gordon, la crítica a la educación jurídica,⁴²² los estudios críticos de raza⁴²³ y de género.⁴²⁴

A este respecto, Mark Tushnet señala que los *CLS* son descendientes directos del Realismo Jurídico Norteamericano, del cual retoman los elementos de crítica, como la negación de la abstracción de conceptos jurídicos y las conclusiones contradictorias que se obtienen a partir de ellos; el empleo de la historiografía para denunciar, bajo un enfoque progresista, el rol que han desempeñado los grupos de interés en la sociedad americana a lo largo de los siglos; el llamado “método de la balanza”, que supone la identificación de los intereses en juego, su relación con los valores sociales, y su ponderación en la decisión jurídica. El distanciamiento entre el Realismo Jurídico Norteamericano y los *CLS* se encontraría en la parte propositiva y programa constructivo, por cuanto a que los *CLS* rechazan el análisis de políticas públicas, las respectivas reformas de Estado, los valores sociales compartidos y el empleo de una teoría social para explicar el Derecho.⁴²⁵ Igualmente se aprecia una diferencia en cuanto a que los *CLS* aluden a una indeterminación “global” del derecho, la cual no sólo se circunscribe a la apelación o a los métodos

Silva, Yvonne Georgina, *Teoría Jurídica Crítica Norteamericana. Una introducción a los Critical Legal Studies*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 1-32. Asimismo, para una aproximación a la historia de Estados Unidos de América, Véase Benegas Lynch, Alberto, *Estados Unidos contra Estados Unidos*, Guatemala-México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 27-101.

⁴²¹ Cfr. Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 67.

⁴²² Sobre la educación jurídica desde la perspectiva de los *CLS*, Véase Kennedy, Duncan, “La enseñanza del derecho en el primer año como acción política”, trad. de Teresa Arijón, *La Enseñanza del derecho como forma de acción política*, México, Siglo XXI Editores, 2012.

⁴²³ En torno a la crítica de raza, Véase Delgado, Richard, y Stefancic, Jean (ed.), *Critical White Studies: Looking Behind the Mirror*, Philadelphia, Temple University Press, 1997; Haney López, Ian, *White by law: The Legal Construction of Race*, Nueva York, New York University Press, 2006.

⁴²⁴ Acerca de la crítica de género, Véase Okin, Susan, “Justice and Gender”, en Sterba, James P. (ed.), *Justice. Alternative Political Perspectives*, 3a. ed., Belmont, Wadsworth Publishing Company, 1999, pp. 266-282; West, Robin L., “From Choice to Reproductive Justice: De-constitutionalizing Abortion Rights”, *Yale Law Journal*, New Haven, Connecticut, vol. 118, núm. 7, Mayo 2009, pp. 426-432.

⁴²⁵ Cfr. Tushnet, Mark, “Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings”, *Journal of Legal Education*, Ithaca, vol. 36, núm. 4, Diciembre 1986, pp. 507-512.

de interpretación –como postulaba el Realismo Jurídico Norteamericano-, sino también al lenguaje mismo y al análisis de las esferas públicas-privadas.⁴²⁶

Bajo este panorama, Duncan Kennedy señala que el sentido de la crítica jurídica interna es poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas que construyen el Derecho mientras se ven a sí mismos como un instrumento del mismo. El apuntar al interior del Derecho implica una referencia al dominio de las reglas detalladas, argumentos comunes, así como prácticas de la producción académica y judicial. Los conceptos y palabras-clave son lagunas, conflictos y ambigüedades, indeterminación, mediación, legitimación del statu quo (pero no del “capitalismo”), estructuración jurídica de la base material (y en consecuencia imposibilidad de “determinación en la instancia final”). Igualmente, se aprecia una actitud ambivalente respecto al Derecho, en tanto que por un lado se insiste en su autonomía relativa y en su valor frente al dominio de lucha cultural y política; por otro lado, se muestra su incoherencia, sus contradicciones internas, sus complicidades.⁴²⁷ Así, la crítica de los CLS invita a “pensar al derecho de tal manera que sea posible entrar en él, criticarlo pero sin rechazarlo completamente, y manipularlo sin dejarse llevar por su sistema y funcionamiento”.⁴²⁸

Los CLS en ningún momento pretenden prescindir o denostar el Derecho, ni representa un rompimiento con la forma tradicional de la Teoría del Derecho y la aplicación del Derecho, como se ha pretendido ver,⁴²⁹ en tanto que dicha corriente ofrece líneas adicionales de estudio acerca de una visión distinta del Derecho y los retos que se presentan a partir de un cuestionamiento como la neutralidad judicial o la vinculación del Derecho con la Política.

⁴²⁶ Cfr. Leiter, Brian, “American Legal Realism”, en Golding, Martin P., y Edmundson, William A. (ed.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, Oxford, y Victoria, Blackwell Publishing, 2006, pp. 64-65.

⁴²⁷ Cfr. Kennedy, Duncan, “Nota sobre la Historia de los CLS en los Estados Unidos”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 1992, p. 284, <http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Nota%20sobre%20la%20Historia%20de%20Cls%20en%20los%20Estados%20Unidos.pdf>

⁴²⁸ Kennedy, Duncan, “La educación jurídica como preparación para la jerarquía”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Año 2, núm. 3, Otoño 2004, p. 131.

⁴²⁹ Cfr. Murphy, Jeffrie G. y Coleman, Jules L., *Philosophy of Law. An introduction to Jurisprudence*, Boulder, San Francisco y Londres, Westview Press, 1990, pp. 54-55.

Un aspecto adicional que es menester señalar radica que en los *CLS* exhortan a considerar que la actual estructura jurídica no está del todo dada, y que por el contrario, hay otras formas posibles y deseables de ordenar la sociedad, para lo cual primeramente debe entenderse lo que hay detrás de las normas, procedimientos e instituciones jurídicas, y en ese sentido, la deconstrucción permite determinar qué es lo que subyace en el fondo del fenómeno jurídico, valorar las posibilidades de cambio desde la estructura misma, concebir nuevas reglas de interacción social,⁴³⁰ así como redimensionar el sistema como el trabajo de una gran cantidad de juristas.⁴³¹

Hasta este punto, la teoría crítica interna ofrece perspectivas distintas para el estudio del Derecho, así como visualizar la posibilidad de idear formas alternas de ordenar la sociedad. Así, aspectos como el cuestionamiento a las normas jurídicas y el empleo de herramientas como la deconstrucción se enfocan a buscar un cambio social. En este cambio social, los juristas asumen un rol interesante, aunque también hasta cierto punto ambivalente, ya que por un lado, desde el Derecho es posible transformar esa realidad, aunque por el otro, también el jurista puede contribuir a mantener inalterable la realidad, el status quo, pese a las desigualdades, falta de libertad e inequidad que se puedan presentar. Esta aproximación, ofrece dos aristas de exploración: 1) La posibilidad que tiene el jurista para tratar de incidir en su realidad, y 2) Los valores y fines a considerar para cambiar la realidad. Para efectos de la presente investigación se indagará de qué manera puede actuar el jurista y los límites a los cuales se ha de ceñir el juzgador en su actuar.

Así, pese a que el Realismo Jurídico Norteamericano y los *CLS*, se posicionen en el sistema jurídico anglosajón, se estima que el juzgador en ambos sistemas comparte el requerimiento de justificar la decisión judicial e igualmente se

⁴³⁰ Cfr. Anderson, Jerry L., "Law School Enters the Matrix: Teaching Critical Legal Studies", *Journal of Legal Education*, Ithaca, Nueva York, vol. 54, núm. 2, Junio 2004, pp. 205-206.

⁴³¹ Cfr. Kennedy, Duncan, "The disenchantment of logically formal legal rationality on Max Weber's Sociology in the Genealogy of the contemporary mode of Western Legal Thought", *Hastings Law Journal*, San Francisco, California, vol. 55, núm. 5, Mayo 2004, p. 1068. <http://www.duncankennedy.net/documents/The%20Disenchantment%20of%20Logically%20Formal%20Legal%20Rationality.pdf>

presentaría la inquietud por determinar la manera en que el seguimiento de una ideología puede determinar el sentido de una decisión judicial.

Para Brian Z. Tamanaha, la lección más importante de estos autores fue establecer que la “ley está indefensa si los jueces que integran los tribunales tienen pocos escrúpulos para explotar la indeterminación latente del derecho en favor de objetivos personales o políticos”.⁴³² Más allá de proponer algún programa constructivista que colme los errores y deficiencias de corrientes como el Realismo Jurídico,⁴³³ se estima conveniente retomar el Realismo Jurídico norteamericano y los *CLS* como referentes para determinar qué aspectos se requieren reforzar o reconsiderar en el actuar del juzgador que respondan a las necesidades del Estado Constitucional de Derecho.

Por lo regular, se interpreta que estas posturas asumen un planteamiento irracionalista, al no existir método que valga, ni encauce el razonamiento del juez hacia una corrección objetiva y una decisión racional, y en donde el juzgador elige el método que más le conviene para disfrazar como objetiva la operación metódica una decisión, que después de todo no es más que expresión de sus personales opiniones.⁴³⁴ Sin embargo, si se considera que el ámbito racional se enfoca a la elaboración de razones y empleo de las fuentes del Derecho para sustentar una decisión judicial, ni los Realistas, ni los *CLS* parecen renunciar a tal requerimiento, en tanto que están conscientes de que sin esas cuestiones su decisión carecería de validez y obligatoriedad. Por lo mismo, dichos postulados, tampoco pretenden contravenir o desestabilizar el Estado de Derecho.⁴³⁵ En cierta manera, la crítica se dirige al indebido empleo de dicha racionalidad en aras de perseguir un proyecto ideológico, sustentado por razones legitimadoras de la decisión y dirigida a convencer a la audiencia de que la resolución fue adoptada conforme a normas y

⁴³² Tamanaha, Brian Z., *op. cit.*, p. 191.

⁴³³ En torno al programa del constructivismo jurídico ideado como reacción al Realismo Jurídico Norteamericano, Véase Ackerman, Bruce, *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*, trad. de Juan Gabriel López Guix, Barcelona, Ariel, 1988, pp. 43-62.

⁴³⁴ Cfr. García Amado, Juan Antonio, *Razonamiento Jurídico y Argumentación...*, *cit.*, pp. 84-88.

⁴³⁵ En torno al aludido impulso del declive al Estado de Derecho, por parte de las corrientes críticas del Realismo y de los *CLS*, Véase Tamanaha, Brian Z., *op. cit.*, pp. 174-177.

principios jurídicos.⁴³⁶ Dichas posturas en todo caso apunta a fomentar una actitud crítica hacia lo que el juzgador decide e identificar posibilidades de cambio en la actividad jurisdiccional.

Respecto al mensaje de la corriente en análisis, en opinión de Mauricio García Villegas, los Estudios Críticos del Derecho se enmarcan bajo una tipología de crítica interna del Derecho, cuyo propósito es mostrar las inconsistencias, los vacíos o los sesgos de la racionalidad jurídica, es decir, de la dogmática jurídica. En todo caso, es importante tener presente que la crítica jurídica interna sí admite que el Derecho es un producto racional, aunque dicha racionalidad se encuentre sesgada o afectada por vacíos o inconsistencias, algo que la crítica externa no lo admitiría. La teleología de esta crítica es atacar la supuesta neutralidad política del Derecho, y en ese tenor, su interés radica en denunciar el carácter político y dominador del Derecho. Para el autor en cuestión, la intención de los *CLS* consistía en desmontar la racionalidad jurídica, mostrar sus vacíos y sus incoherencias, con el objeto de poner en evidencia que el Derecho es un instrumento político en manos de la élite y destinado a someter a las clases subalternas y a otras minorías como las mujeres y los afroamericanos.⁴³⁷

Si bien García Villegas aborda los objetivos de la crítica jurídica interna, sin embargo, incurre en excesos al señalar que el Derecho es un instrumento político en manos de la élite destinado a someter a las clases subalternas, una idea que más parecería proveniente del marxismo,⁴³⁸ postura de la que hasta cierto punto se

⁴³⁶ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial. Una Fenomenología Crítica*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 1999, pp. 39-40.

⁴³⁷ Cfr. García Villegas, Mauricio, *Sociología y Crítica del Derecho*, México, Fontamara, 2010, pp. 77-81.

⁴³⁸ Para el marxismo es posible crear nociones jurídicas –como persona, propiedad y libertad- para operar en las relaciones de producción y cambio. Cfr. Marx, Carlos, *El Capital. Crítica de la Economía Política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1966, pp. 610-627. Igualmente, Marx denuncia los intereses que la burguesía ocultos en la ley, la cual supuestamente tiene un carácter perjudicial para ciertos sectores de la población –obreros y campesinos-, los cuales son sólo víctimas del contenido normativo y aplicación de la ley. Así, la legislación se convierte en una superestructura asentada en los cimientos económicos que mantiene los intereses de una clase social –la burguesía-, de donde se puede desprender que el Derecho adquiere un carácter pasivo y de subordinación a cierta dinámica e intereses económicos, lo que genera un interés en denunciar la apariencia y superficialidad de la realidad. Sobre el tema, Véase Marx, Carlos, *El Método en la Economía Política*,

distanciarían los *CLS*. Como más adelante se estudiará, el hecho de que los *CLS*, y concretamente Duncan Kennedy, aborden la ideología ésta no se circunscribe únicamente a un empleo por parte de la “élite”,⁴³⁹ sino que puede emplearse por la sociedad para salvaguardar valores como la igualdad, libertad, pluralismo o respeto. Incluso, se advierte un interés por adentrarse en la formación y lucha de grupos sociales que buscan su reconocimiento, protección y seguridad, mediante el lenguaje y goce efectivo de los derechos,⁴⁴⁰ lo que demuestra que los *CLS* no se limitan a la referencia al Derecho en manos de la “élite”.

Asimismo, de la referencia a García Villegas se aprecia que se omite señalar que incluso la “élite” encontraría cierta resistencia en la estructura del razonamiento jurídico, normas y principios jurídicos para significar lo que desea que el Derecho exprese. Lo anterior, implicaría retomar las exigencias formales y materiales previstas para la emisión de normas jurídicas, y respecto a las cuales en ocasiones ni la élite puede contravenir. Así, la crítica jurídica interna, en el pensamiento de Duncan Kennedy, no debe confundirse con un empleo marxista del Derecho, en tanto que mientras para el marxista no existen límites en el empleo del Derecho, Kennedy (y en parte los Realistas Jurídicos Norteamericanos) sí reconocerá la existencia de determinados límites o restricciones que impedirán la creación o aplicación irrestricta y arbitraria del Derecho. En todo caso, el cuestionamiento de los *CLS* se dirige únicamente a la utilización del Derecho, no al Derecho como tal.⁴⁴¹ La necesidad del Derecho no se pone a discusión en la crítica

s/t, México, Grijalbo, 1977, p. 36; Marx, Carlos y Engels, Federico, *Manifiesto del Partido Comunista*, s/t, Pekín, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1971, p. 47.

⁴³⁹ Desde la postura del uso alternativo del Derecho, un sector de la doctrina estima que la juridicidad no se agota en la legalidad, sino que debe usarse alternativamente a favor de los pobres que sirva como herramienta de liberación y lograr un cambio social cualitativo, lo que implica ubicar un rol más político en el Derecho. Igualmente, postula asumir un compromiso en la búsqueda de normas e instituciones jurídicas que le sean más útiles para aquellas causas que defiende, lo cual podría lograrse haciendo efectivas muchas disposiciones jurídicas vigentes (v. gr. Derecho Laboral, Seguridad Social, Agrario), que benefician a las clases dominadas y que no se hacen valer y dándole a otras normas “neutras” un sentido político que lleva a una aplicación de parcialidad en beneficio de los oprimidos. Cfr. De la Torre, Jesús Antonio, *Sociología jurídica y uso alternativo del Derecho*, Aguascalientes, Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997, pp. 85-101.

⁴⁴⁰ Cfr. Unger, Roberto Mangabeira, “Legal Analysis as Institutional Imagination”, *The Modern Law Review*, vol. 59, núm. 1, Enero 1996, p. 1.

⁴⁴¹ En el caso de los *CLS*, si bien es cierto que denuncien el carácter político y dominador del Derecho, ello no necesariamente implica que adopten la postura referente a que la única salida al Derecho, sea la revolución o el cambio radical de sistema político, a que alude la obra de Mauricio

interna del Derecho, simplemente se expone su vulnerabilidad y dificultades para lograr un orden imparcial, neutral y equitativo, ante el tipo de presiones e influencias de que pueda ser objeto.

Adicionalmente, en la teleología de la corriente que nos ocupa se encuentra la crítica sociopolítica y cultural que busca poner al descubierto y censurar las creencias, prácticas e instituciones arraigadas que reproducen las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad, a fin de promover transformaciones jurídicas y culturales radicales que aseguren una igualdad social.⁴⁴² Desde el centro de la academia se reconoce la aportación de los *CLS* al razonamiento jurídico, en cuanto a someter a examen y evaluación aquellos principios y directrices que subyacen en el orden jurídico, a efecto de generar una conciencia crítica de la naturaleza contingente del Derecho, así como ofrecer una apreciación de las vías por las cuales se puede propiciar un cambio.⁴⁴³

A partir de lo anterior, la crítica jurídica interna puede proporcionar una interpretación alternativa de los textos jurídicos,⁴⁴⁴ al sensibilizarnos sobre: 1) La problemática que quizá se presente en la práctica jurídica cotidiana o respecto del alejamiento de ideales en un proceso judicial;⁴⁴⁵ 2) La pertinencia de valorar otros factores adicionales (que comprenden desde la política, la economía, la historia, la

García Villegas. *Cfr.* García Villegas, Mauricio, *op. cit.*, pp. 81-85. La lectura de los *CLS* simplemente nos acerca a temas como la indeterminación del derecho, la vinculación del derecho y la política, así como cuestionar el indebido uso que se le da al derecho, sin que se realice mención alguna sobre la posibilidad de recurrir a la revolución o a una oposición a reformas jurídicas.

⁴⁴² *Cfr.* Rodríguez, César, "Una crítica contra los Dogmas de la Coherencia del Derecho y la Neutralidad de los Jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial", en Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial. Una Fenomenología Crítica*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 1999, pp. 39-40.

⁴⁴³ *Cfr.* Burton, Steven J., "Reaffirming Legal Reasoning: The Challenge from the Left", *Journal of Legal Education*, Ithaca, Nueva York, vol. 36, núm. 3, Septiembre 1986, pp. 369-370.

⁴⁴⁴ Véase Gordon, Robert W., "Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en que se apoyan", en Bullard, Alfredo *et. al.*, *El derecho como objeto e instrumento de dominación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp.169-170.

⁴⁴⁵ Roscoe Pound proponía relacionar la postura del realismo jurídico con un realismo artístico —y no con uno filosófico— que afirma que lo feo existe y que, por lo tanto, es verdadero. Aterrizado el tema en el proceso judicial, supone que dicho proceso no se ha conformado en su totalidad, ni se manifiesta en todos los casos completamente como se desearía. De esta manera, es la aproximación al ideal lo que verdaderamente importa, no su frustración ni sus deficiencias, lo que por cierto, se procura continuamente controlar y reducir al mínimo. *Cfr.* Pound, Roscoe, *Justicia conforme a Derecho*, trad. de Martín Esteve, México, Editorial Letras, S.A., 1965, pp. 78-79.

sociedad, la teoría y la filosofía, hasta la propia psicología) en la decisión judicial; 3) Motivar estudios empíricos para corroborar si las denuncias de la crítica jurídica interna se presentan en la práctica jurídica cotidiana y, en su caso, mejorar la teoría y la práctica jurídica, y 4) Redimensionar la importancia que tiene el actuar del jurista en la transformación del Derecho. Por ello, el hilo conductor de los *CLS*, no es ni el anarquismo, ni el desprecio por el Derecho, ni por el Estado. Por el contrario, lo que inspira un anhelo de denuncia de dicha corriente es la lucha por la justicia social, la imposición y el abuso del poder encubierto por el Derecho, a partir de lo cual se busca que el Derecho no sea solamente un instrumento de mantenimiento del status quo, sino que busque optar por un orden social más equitativo.

Por lo expuesto, es posible conceptualizar a la crítica jurídica interna como aquel pensamiento dirigido a cuestionar las normas y prácticas jurídicas cotidianas, con la finalidad de identificar sus inconsistencias, los vacíos o los sesgos de la racionalidad jurídica, que reproducen las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad, y cuya identificación permita promover transformaciones jurídicas en aras de defender los ideales de libertad y equidad social.

En opinión de Roberto Mangabeira Unger, los *CLS* enfatizan aspectos como la crítica al formalismo y la objetividad, así como el uso instrumental de la práctica y doctrina jurídica a efecto de hacer progresar los objetivos de izquierda.⁴⁴⁶ Las proposiciones que comparten los seguidores de esta corriente son: 1) el Derecho es, de una manera u otra, indeterminado; 2) el Derecho se puede entender a partir del contexto en que se dan las decisiones jurídicas, y 3) la vinculación del Derecho con política.⁴⁴⁷

Más que negar autonomía al Derecho, lo que los críticos parecen querer externar es que el contexto político-social⁴⁴⁸ incide en la comprensión e interpretación del Derecho, en tanto que participa de la indeterminación y notas conflictivas que refleja el contexto político y social.

⁴⁴⁶ Cfr. Unger, Roberto Mangabeira, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge y Londres, Harvard University Press, 1986, pp. 1-8.

⁴⁴⁷ Cfr. Tushnet, Mark V., "Critical Legal Studies: A Political...", *cit.*, p. 1518.

⁴⁴⁸ Cfr. Kennedy, Duncan, "Nota sobre la historia de los CLS...", *cit.*, pp. 283-287.

Aunque los *CLS* están lejos de exponer un sofisticado modelo teórico, en general, presentan una aproximación a cierta problemática en la teoría y práctica jurídica, que puede abrir un panorama bajo el cual sea posible actuar en el Derecho. Dentro de dichos temas se encuentra la crítica a la neutralidad judicial, la cual permitirá determinar la importancia que reviste identificar la esfera de libertad y restricción a la que se encuentra sujeto el juzgador, y a partir de ello desprender elementos susceptibles de orientar su actuar. En el desarrollo de la crítica a la neutralidad judicial, se referirá marginalmente al Realismo Jurídico Norteamericano, el cual permite identificar la vinculación del Derecho con la sociedad y la política, así como el énfasis en el juzgador, lo cual proporciona un marco de los alcances y problemática en torno a la ideología y al juzgador, y determinar en los siguientes capítulos, la manera en que la pragma-dialéctica puede coadyuvar a encauzar la actividad del juzgador.

C. La concepción del Derecho como parte de la totalidad social

En el apartado anterior se esbozaron los principales aspectos de la crítica jurídica interna como un conductor para comprender el posicionamiento de Duncan Kennedy en torno al comportamiento estratégico del juzgador. Junto con dicha exposición, se ha estimado conveniente referir a las nociones de Derecho desde el Realismo Jurídico Norteamericano y los *CLS*, que si bien destacan la presencia de normas, ideales y fines de que se compone, también apuntan a la manera en que el elemento humano y social del Derecho puede incidir en la creación, aplicación y funcionamiento del Derecho.

En general, se parte de que el Derecho es un orden social, lo cual supone que su existencia, contenido y estructura dependen de la conducta de los individuos, con lo cual el orden jurídico es una práctica social.⁴⁴⁹ Recaséns Siches ya adelantaba que la norma jurídica es un pedazo de vida humana objetivada, la cual encarna un tipo de acción humana que, después de haber sido vivida o pensada

⁴⁴⁹ Cfr. Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho...*, cit., p. 187.

por el sujeto o los sujetos que la produjeron, deja un rastro o queda en el recuerdo como un plan, que se convierte en pauta normativa apoyada por el poder jurídico, es decir, por el Estado, lo cual implicaría analizar la norma bajo el punto de vista de la índole y de la estructura de la vida humana.⁴⁵⁰

Igualmente, autores como Hart o Aarnio, ya han resaltado los efectos de la sociedad sobre el Derecho, al advertir la pertinencia de vincular la norma en referencia a la sociedad para su aceptación,⁴⁵¹ y al destacar la manera en que el sistema jurídico influye en la sociedad.⁴⁵² En el mismo orden de ideas, Rudolf Stammler indicó la manera en que los fines y medios de las aspiraciones humanas se enfrentan unos con otros en el plano jurídico, ya sea en su modo real de manifestarse –como en la polémica entre dos abogados litigantes-, ya en el pensamiento, puesto que toda exigencia jurídica puede presuponer otra contraria.⁴⁵³ Hasta este punto se alude a la influencia de la sociedad en el Derecho y viceversa, así como los posibles conflictos subyacentes en la sociedad que pueden incidir en el Derecho. Lo anterior refleja una interrelación entre lo social y el Derecho, pero no a una primacía de lo social sobre el Derecho. La diferencia frente al Realismo Jurídico Norteamericano y los *CLS* radica en las expectativas e incidencia del actuar humano en el Derecho, así como en la infiltración de las notas de contrariedad, contradicción y ambigüedad de la sociedad presente tanto en el contenido normativo como en la práctica jurídica.

Al efecto, Roscoe Pound, exponente del Realismo Jurídico Norteamericano, plantea que la pregunta de qué es el Derecho ha recibido tres nociones: 1) Lo que los juristas llaman orden jurídico, referido al régimen de ajustar las relaciones y ordenar la conducta mediante la aplicación sistemática y ordenada de la fuerza de una sociedad políticamente organizada; 2) el cuerpo de materiales de autoridad; 3) el proceso judicial y administrativo que resuelve controversias de acuerdo a guías de autoridad para sustentar una orden jurídica, y que los realistas denominan

⁴⁵⁰ Cfr. Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, p. 132.

⁴⁵¹ Cfr. Hart, H. L. A., *Post Scriptum*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 32-33.

⁴⁵² Cfr. Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable...*, *cit.*, pp. 30-31.

⁴⁵³ Cfr. Stammler, Rudolf, *op. cit.*, p. 62.

Derecho.⁴⁵⁴ En general, Pound concibe al Derecho como un conjunto de ideales, principios y preceptos para regular las relaciones de los seres humanos y ordenar la conducta en sociedad, y que como tal corresponde a una experiencia desarrollada por la razón y corregida por experiencia adicional, a medida que la sociedad avanza.⁴⁵⁵ Dicho autor, igualmente afirma que el Derecho es una ciencia de mecánica social que puede realizarse por medio de la ordenación de las relaciones humanas recurriendo a la acción de la sociedad políticamente organizada, y a través del cual es posible reconciliar los derechos, necesidades o expectativas humanas, hasta el límite posible, para asegurar la totalidad de los mismos.⁴⁵⁶

Como se puede apreciar, Pound reconoce el carácter regulador de las relaciones humanas a través de un conjunto de ideales, principios y preceptos, desarrollados por la razón y corregidos por la experiencia conforme a los avances de la sociedad. Bajo esta experiencia es posible advertir la participación activa del individuo en la creación y aplicación del Derecho. Igualmente, alude al carácter conciliador del Derecho, lo cual implícitamente apunta a un reconocimiento de la complejidad y diferencias sociales.

El interés por ir más allá de la norma jurídica (o de la lógica jurídica) para entender al Derecho, se puede encontrar en Oliver Wendell Holmes quien cuestionaba que la única fuerza en el desarrollo del Derecho sea la lógica, en tanto que para dicho autor, se podían identificar en la decisión judicial aspectos como la experiencia, y en donde incluso la historia, los fines sociales, la economía y la teoría, desempeñan un papel significativo en la decisión jurídica.⁴⁵⁷ Bajo esta postura, en el Derecho se pueden encontrar ciertos elementos de otras áreas del saber, lo que refleja la complejidad que envuelve al Derecho.

Jerome Frank, por su parte, delimitaba al Derecho en los tribunales, su eficacia y aplicación, y así el Derecho se define como decisiones judiciales pasadas

⁴⁵⁴ Cfr. Pound, Roscoe, *Social control...*, cit., p. 41.

⁴⁵⁵ Cfr. Pound, Roscoe, *Law finding through experience and reason. Three lectures*, Atlanta, University of Georgia Press, 1960, pp. 1-2.

⁴⁵⁶ Cfr. Pound, Roscoe, *Justicia conforme...*, cit., pp. 26-27.

⁴⁵⁷ Cfr. Holmes, Oliver Wendell, "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, vol. 110, núm. 5, Marzo 1997, pp. 997-1007.

o futuras que se emiten o cumplen.⁴⁵⁸ Aunque autores como Oliver Wendell Holmes o Jerome Frank abordan la predicción de lo que harán los tribunales como tarea del Derecho, tal cuestión se circunscribe al problema de la incertidumbre jurídica.⁴⁵⁹

Hasta este punto se observa que el Realismo Jurídico Norteamericano destaca la eficacia e influencia de la experiencia en las decisiones judiciales, lo que permite vislumbrar lo significativo que resulta considerar al individuo como destinatario de las normas jurídicas, así como su participación en la creación y aplicación del Derecho.

Los *CLS*, por su parte, desarrollan la noción de cambio a través del Derecho, la participación del individuo en la creación, transformación y aplicación del Derecho, así como la vinculación de la sociedad, Política y Derecho, con particular énfasis en las notas conflictivas que desde la sociedad y la Política pueden conllevar, temas que se abordarán a continuación con la finalidad de reconocer lo significativo que es el actuar del jurista para realizar cambios a través del Derecho, así como el contexto conflictivo y contradictorio en que se actúa.

La búsqueda de una concepción del Derecho que permita el cambio, se ha manifestado como una preocupación inicial de los *CLS*, de lo cual da cuenta David Trubek, quien defiende la perspectiva “mediadora” del Derecho, bajo la cual el orden jurídico no representa un refugio o un escape de la estratificación o de la dominación, sino que supone un desafío a aquellos aspectos de la estructura social que atentan contra los ideales de la igualdad, individualidad y comunidad. Así, los *CLS* no sólo denuncian la divergencia entre los ideales del Derecho y su aplicación y la estructura social, sino que incluso se abren posibilidades para actuar a través del Derecho, en aras de proteger y salvaguardar dichos ideales.⁴⁶⁰

Para Duncan Kennedy, el Derecho es concebido como las “normas jurídicas aplicadas, los argumentos que la gente emplea y los procesos de razonamiento por

⁴⁵⁸ Cfr. Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Nueva York, Coward-McCann, Inc., 1930, p. 47.

⁴⁵⁹ Cfr. Frank, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, trad. de Carlos M. Bidegain, México, Fontamara, 1991 (Reimpresión 2012), p. 136.

⁴⁶⁰ Cfr. Trubek, David M., “Complexity and Contradiction in the Legal Order: Balbus and the Challenge of Critical Social Thought about Law”, *Law & Society Review. The Journal of Law and Society Association*, Amherst, Massachusetts, vol. 11, núm. 3, Invierno 1977, pp. 541-561.

medio de los cuales se crean y aplican las normas.”⁴⁶¹ Dicha definición, se centra en la creación y aplicación de las normas jurídicas -elementos constantes e inmanentes en la actividad jurídica. Una noción adicional del Derecho en el pensamiento de dicho autor, lo concibe como “un aspecto de la totalidad social” –y no una superestructura-, en la cual éste es el escenario, determinación y supuesto consenso de los conflictos sociales.⁴⁶² Para Duncan Kennedy un aspecto social no puede estar por encima del Derecho y éste último no puede estar a merced de dicho aspecto social.⁴⁶³ En cierta manera, bajo la dinámica de los *CLS* y con la referencia al Derecho como un aspecto de la totalidad social, Kennedy haría partícipe al Derecho de esa complejidad, contradicción y ambigüedades subyacentes en la sociedad.

En este escenario, el pensamiento de Duncan Kennedy apunta a considerar que las normas reflejan el poder o impotencia de los actores sociales en su lucha por el poder o para hacer reales las condiciones de la justicia social, cuyos resultados tienen un carácter impredecible e indeterminable, al no tener una lógica inherente que permita predecirlos “científicamente” o rechazarlos por adelantado. Así, el Derecho es parte de una ecuación de poder –y no una simple función del poder-, en que la gente lucha por el poder, una lucha humana para hacer reales las condiciones de la justicia social.⁴⁶⁴

La concepción del Derecho como un aspecto de la totalidad social, permite ver al Derecho como un producto y escenario humano, que en tanto tal, es dinámico, ambiguo, conflictivo, contradictorio y colmado de lagunas. Dicho de otra manera, los innumerables cambios, conflictos y contradicciones de la sociedad, se reflejan en el Derecho, cuyas normas pudieran recoger dichas notas.

En la misma línea, Robert W. Gordon asume al Derecho como un cúmulo de prácticas sociales, una lucha entre múltiples grupos e intérpretes para dar sentido a un lenguaje ambiguo y abierto, a procedimientos manipulables, a organizaciones

⁴⁶¹ Quaide, Vicky, “¿Son los abogados realmente necesarios? Entrevista a Duncan Kennedy, trad. Axel O. Eljatib, *Desde Otra Mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 405.

⁴⁶² Cfr. Kennedy, Duncan, “La Educación Jurídica...”, *cit.*, p. 131.

⁴⁶³ Cfr. *Idem.*

⁴⁶⁴ Cfr. *Idem.*

burocráticas complejas y a procesos de toma de decisiones discrecionales para servir a sus propios fines, y en donde las normas jurídicas brindan puntos de referencia comunes a los actores del juego; puntos de partida para argumentar, maniobrar, interpretar y juzgar. Aquí, la estabilidad del Derecho es el resultado de treguas temporales, de acuerdos estables de duración media, de pactos sociales entre grupos interesados y entre jueces y administradores.⁴⁶⁵

De esta manera, la referencia al carácter social advierte la complejidad, dificultad, ambigüedad, contradicción y lagunas que se pueden presentar en el Derecho, lo cual puede ser un referente significativo para considerar las dificultades que afronta el jurista en la práctica jurídica cotidiana. En cualquier caso existe un reconocimiento de que no se puede prescindir de las fuentes del Derecho, en tanto que las normas y principios son los puntos de partida para la argumentación, interpretación y aplicación jurídica.

El retomar los aspectos sociales en el Derecho, exhorta a considerar la propuesta de estudiar el proceso social, es decir, las condiciones sobre las cuales se perciben o ignoran los daños y afectaciones, así como la manera en que las personas responden a la experiencia de injusticia y conflicto, ya que ello permitirá incrementar el entendimiento de las controversias, en su calidad de constructos sociales, y mejorar la habilidad de evaluar la actuación de las instituciones.⁴⁶⁶

En este tenor, los *CLS* pretenden incitar una reflexión en torno a la resolución de una controversia, a partir de la interacción entre los ideales, intereses, instituciones o prácticas a través del Derecho y el razonamiento jurídico.⁴⁶⁷ Si bien se puede reconocer que estas notas de conflicto y contradicción son accesorias a la norma jurídica, sin embargo, la referencia a tales temas evoca a la diversidad de elementos que pueden incidir en el Derecho y en la labor del jurista. Hasta este punto, en ningún momento los *CLS* pretenden abandonar el carácter racional del

⁴⁶⁵ Cfr. Gordon, Robert W., "La práctica del derecho empresarial como un servicio público", en Böhmer, Martin (comp.), *La Enseñanza del Derecho y el Ejercicio de la Abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 177-178.

⁴⁶⁶ Cfr. Felstiner, William L. F., Abel, Richard L., y Sarat, Austin, "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claming...", *Law and Society Review. The Journal of the Law and Society Association*, Colorado, vol. 15, núms. 3-4, 1980-1981, pp. 631-637.

⁴⁶⁷ Véase Unger, Roberto Mangabeira, *What Should Legal Analysis Become?*, Londres, Nueva York, Verso, 1996, pp. 106-119.

Derecho, ni el uso de la razón en la creación, interpretación o aplicación del Derecho. Por el contrario, se aprecia un reconocimiento a la racionalidad en el Derecho, ya que el jurista tiene que defender su decisión en términos racionales, bajo una interpretación debidamente fundada, que sea convincente o persuasiva a la audiencia a la cual se dirige.⁴⁶⁸

Desde luego, la postura asumida por los *CLS* ha encontrado diversas críticas, como la erigida por Ronald Dworkin, quien a pesar de reconocer que el Derecho es un fenómeno social, sin embargo, para dicho autor la complejidad y función del Derecho depende de una característica especial de su estructura, vinculada con la característica argumentativa en que se desenvuelve la práctica legal, lo cual puede ser estudiado desde un carácter externo -perteneciente al sociólogo o historiador que pregunta por qué algunas pautas del argumento legal se desarrollan más en ciertos períodos o bajo ciertas circunstancias que en otras-, y la otra de carácter interno, cuyo interés es práctico al indagar sobre lo acertado de los reclamos (en el Derecho) y el lugar de la historia y economía en el argumento acerca de lo que el Derecho requiere que hagan o tengan.⁴⁶⁹ Agrega dicho tratadista que las teorías que ignoran la estructura del argumento legal por cuestiones de historia y sociedad son perversas e ignoran preguntas acerca del carácter interno del argumento legal, con lo que sus explicaciones son pobres y defectuosas.⁴⁷⁰

Bajo la postura de Dworkin se podría desprender que el conocimiento de la nota argumentativa del Derecho es esencial para una explicación coherente del fenómeno jurídico. Para tal autor, es dentro de la estructura argumentativa en donde se podrá apreciar la complejidad del Derecho, lo cual contrasta con los *CLS* para quienes la nota de complejidad ha de buscarse no solamente al interior de las estructuras jurídicas, sino también a partir de la vinculación entre la sociedad, política y el Derecho, es decir, añaden un elemento de análisis al ámbito jurídico.

⁴⁶⁸ Cfr. Kennedy, Duncan, "The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary Legal Thought", *Law and Critique*, Dordrecht, Países Bajos, vol. 25, núm. 2, Julio 2014, pp. 125.

⁴⁶⁹ Cfr. Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia. De la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1988, p. 23.

⁴⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 24.

En ningún momento los *CLS* desestiman la característica argumentativa del Derecho, simplemente indagan otros posibles factores que expliquen la complejidad subyacente en la práctica jurídica cotidiana. La aproximación que brindan los *CLS* para efectos de la presente investigación es significativa en tanto que ofrece un arista distinta de la problemática de la práctica jurídica, en este caso de la crítica a la neutralidad judicial, y de la pertinencia de indagar las aportaciones de otras posturas teóricas –en este caso la pragma-dialéctica- para solucionar, analizar o evaluar una problemática en particular.

Sobre el particular, no se puede dejar de lado la complejidad que representa el elemento humano en el Derecho, manifestado tanto por la sociedad a la cual se dirigen las normas, como respecto de los operadores jurídicos –entre los que se encuentra el juzgador. En este tenor, no se aprecia por qué Dworkin se niega a considerar la complejidad subyacente en el elemento humano en el Derecho. En efecto, no es posible centrarse en el juez Hércules dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacias sobrehumanas, que acepta las principales normas constitutivas y regulativas no controvertidas del Derecho en su jurisdicción,⁴⁷¹ en tanto que tal postura no ofrece una visión general de la problemática del juzgador que desea llegar a una sentencia particular a partir de su ideología, ni expone las dificultades de la práctica jurídica cotidiana que requerirían explicación o solución. Por el contrario, a medida que se explore la vulnerabilidad y dificultades inmersas en el Derecho y en la práctica jurídica cotidiana es posible contar con una perspectiva más amplia de la complejidad a que se enfrenta el jurista.

D. La vinculación Derecho-Política

La vinculación del Derecho y la Política ha sido abordada por diversos autores, como instrumento de poder (en donde el poder funciona por medio del Derecho),⁴⁷² en la indicación de que la política es una función de la justicia y no la

⁴⁷¹ En torno al modelo del juez Hércules, Véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 177-208.

⁴⁷² Cfr. Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 3a. ed., s/t, Buenos Aires, Eudeba, 2005, pp. 85-86.

justicia de la política,⁴⁷³ en el contexto de una continua y compleja confrontación del Derecho y el poder,⁴⁷⁴ como parte de la especificidad de la interpretación de la Constitución y la importancia política, ética, jurídica y social de dicha actividad,⁴⁷⁵ para buscar las razones de obediencia al Derecho,⁴⁷⁶ o en referencia a la ley, dentro de la cual el poder se hace previsible bajo la racionalidad y objetividad de lo universal, del no arbitrio, y en donde la ley representa la superación de lo particular, de las tendencias a la fragmentación social y del individualismo radical, para expresar el interés general, reconstruir lo global y colectivo a través del Estado.⁴⁷⁷ Estas posturas advierten el interés por explorar la influencia del fenómeno del poder en el Derecho.

En el ámbito judicial, parece reconocerse la incidencia de la política en la actividad del juzgador e incluso dentro del propio razonamiento jurídico.⁴⁷⁸ Al efecto, Ronald Dworkin parece aceptar la idea de que los jueces sean políticos, que supone optar por principios políticos (no por una política partidaria).⁴⁷⁹ Para dicho autor, en casos polémicos, los jueces fundan sus decisiones y deben hacerlo con argumentos políticos –y no en políticas públicas-,⁴⁸⁰ lo cual exige que se use el poder político para evitar la injusticia o una gran ineficiencia, aspecto que apunta a una cuestión política y por ello moral, en la que no se trata de ver cómo figura la moral en la identificación del Derecho, sino cuándo la moral requiere a los jueces actuar con independencia o en contradicción con el Derecho.⁴⁸¹

⁴⁷³ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, “La idea de justicia y la experiencia de la injusticia”, en Zagrebelsky, Gustavo y Martini, Carlo Maria, *La exigencia de justicia*, trad. de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2006, p. 27.

⁴⁷⁴ Cfr. Bobbio, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, s/t, Madrid, Debate, 1990, pp. 355-358.

⁴⁷⁵ Cfr. De Asís Roig, Rafael, *El Juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 102.

⁴⁷⁶ Cfr. Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho...*, cit., p. 175.

⁴⁷⁷ Cfr. De Cabo Martín, Carlos, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁷⁸ Atienza identifica en la obra de Finnis como un alegato en favor de la unidad de la razón práctica, de la apertura del razonamiento jurídico hacia el razonamiento moral y político. Para profundizar en sus alcances, Véase Atienza, Manuel, *El Derecho...*, *op. cit.*, pp. 111-112.

⁴⁷⁹ Cfr. Dworkin, Ronald, “Los jueces políticos y el estado de derecho”, en *Una cuestión de principios*, trad. de Victoria Boschiroli, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, p. 25.

⁴⁸⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 27.

⁴⁸¹ Cfr. Dworkin, Ronald, *La Justicia con Toga*, trad. de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 29.

En donde mayor cabida tendría el carácter político del juzgador, es en lo que Dworkin identifica como la concepción de Derecho centrada en los derechos, que difiere de aquella centrada en el cumplimiento del estatuto, en la cual las preguntas que recaen a qué es lo que realmente dice la norma al respecto, son neutrales en el aspecto político, porque intentan arrojar luz sobre un hecho histórico (la voluntad de los legisladores responsables), más que imponer un juicio político claro y contemporáneo sobre esa voluntad.⁴⁸² En la lectura de Dworkin, se advierte que si el juez solamente se basa en el texto de las disposiciones parlamentarias, supone beneficiar a quienes ostentan cierto poder susceptible de hacerse efectivo ante el órgano legislativo, y en donde cierto sector de la ciudadanía, parecería no contar con suficiente representación para hacer valer sus intereses. Así, para dicho autor parecería estar justificado el empleo de un juicio político, para permitir el reconocimiento de los derechos (de los miembros de las minorías o de los pobres) que pudieran haber sido ignorados por el legislativo, y así, bajo una concepción centrada en los derechos, las minorías ganarían poder político en la medida en que puedan tener un acceso efectivo a los tribunales, y en tanto las decisiones de los tribunales sobre sus derechos sean razonables.⁴⁸³

Como se puede apreciar, la referencia a principios políticos atiende a las limitaciones y juegos de poder que se presentan en el órgano legislativo que, a decir de Dworkin desatiende aquella parte de la población que no cuenta con la debida participación en dicho órgano. Aquí, cabría preguntarse por qué Dworkin parte de que el contenido de una ley estaría orientado únicamente a beneficiar a los sectores con mayor poder político o económico, lo cual conduce a interrogar si dicho autor justificaría el empleo de principios políticos cuando una ley reconociera y protegiera los derechos de esas minorías que supuestamente se beneficiarían de una decisión judicial basada en principios políticos.

En este punto se aprecia un contraste entre la postura de los *CLS* y Dworkin, en tanto que para los *CLS*, si bien parecerían reconocer que la vinculación con la política podría incidir en que los tribunales dieran el debido reconocimiento y

⁴⁸² Cfr. *Ibidem*, pp. 28-33.

⁴⁸³ Cfr. *Ibidem*, pp. 46-47.

protección de los derechos de los sectores considerados como vulnerables, sin embargo, existiría un riesgo latente que la referencia a la política sirviera para mantener el estatus quo, lo cual supondría un desconocimiento de los derechos de ciertos grupos. Lo anterior pone de manifiesto que el empleo de la política (o principios políticos) en la decisión judicial no necesariamente tiende a beneficiar a los sectores más desprotegidos de la población, ya que la amplitud con que se puede interpretar el contenido de los principios políticos es significativa para inclinarse entre uno y otro resultado, de ahí que no pueda asignarse *per se* un carácter protector e inclusivo al empleo de los principios políticos. En este rubro, los CLS apuntarán a la noción de la ideología y a la pertinencia de identificar los proyectos ideológicos que se encuentran “detrás” de las decisiones judiciales.⁴⁸⁴

Para los CLS, si bien la referencia a la política no se limitaría a la aplicación de principios políticos a que refiere Dworkin, tampoco se reduciría a considerar que el método jurídico enmascara, oculta, mistifica, la verdadera naturaleza de la relación jurídica, con lo cual el jurista debe razonar en términos políticos, lo cual suele desembocar en diferentes formas de instrumentalismo.⁴⁸⁵

Así, los CLS bajo la línea de Política y Derecho exploran: 1) la manera en que los argumentos basados en políticas pueden representar una puerta a una nueva clase de indeterminación o contradicción,⁴⁸⁶ 2) los posibles intereses del poder y la dominación,⁴⁸⁷ y 3) la posibilidad de que el jurista represente coaliciones de izquierda o de derecha en la práctica jurídica cotidiana, un aspecto que requeriría una sensibilización desde la educación jurídica.⁴⁸⁸

El vincular el Derecho con la Política más allá del empleo de principios políticos o de una sensación de instrumentalismo, implica que el jurista se involucre con el contenido de las normas jurídicas, sus efectos en la distribución de poder y su participación activa para lograr un resultado concreto. Bajo este panorama, si

⁴⁸⁴ Cfr. Kennedy, Duncan, “*El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica*”, trad. de Guillermo Moro, en *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2010, p. 45.

⁴⁸⁵ Cfr. Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho...*, *cit.*, pp. 175-176.

⁴⁸⁶ Cfr. Gordon, Robert W., “Distintos modelos de educación jurídica...”, *cit.*, pp. 158-159.

⁴⁸⁷ Cfr. Anderson, Jerry L., *op. cit.*, pp. 211-214.

⁴⁸⁸ Cfr. Kennedy, Duncan, “La enseñanza del derecho en el primer año...”, *cit.*, pp. 61-63.

bien habría valido la pena que los *CLS* se posicionaran en torno al multívoco concepto de poder, por el momento se puede rescatar la manera en que dicho concepto incide en la Política y la complejidad social y dominación entre los distintos grupos sociales, que como se podrá apreciar con posterioridad sería un indicador a considerar para determinar si del contenido de una decisión judicial se desprende que se ha tenido la intención de mantener alguna relación de poder y si en su caso, dicha relación de poder se encuentra justificada.

En esta temática, se advierte que los *CLS* no confunden Derecho con Política, ni tampoco pretenden disolver la argumentación jurídica en argumentación política,⁴⁸⁹ ya que el Derecho posee un razonamiento y componentes propios, que no se presentan en la Política. Incluso, el propio razonamiento jurídico y normas jurídicas representan una restricción u obstáculo para hacer valer intereses políticos, de manera que no es tan sencillo emplear el Derecho como un vehículo para “legitimar” intereses de carácter político. Lo que se cuestionaría es la lucha de poder a través del Derecho, a partir del cuestionamiento a la neutralidad judicial.

A continuación se abordará el tema de la crítica a la neutralidad judicial, que invita a reflexionar sobre el papel de la ideología en la decisión judicial, que permitirá identificar los aspectos que dan libertad y restringen al juzgador.

2. *Aproximación al carácter humano del juzgador*

En los anteriores apartados se ha enunciado lo significativo que resulta el revalorar el papel del juzgador, bien en su carácter de protector de los derechos de los individuos en el Estado Constitucional de Derecho, o en la revaloración de la experiencia en la decisión judicial en los términos que adelantaban los Realistas Jurídicos Norteamericanos.

Un aspecto adicional que invita a reconsiderar el papel activo que tiene el jurista en el Derecho, se encuentra en el tema de la búsqueda de la sentencia deseada por parte del juzgador, que como más adelante se detallará, evoca la manera en que el juez desarrolla su actividad en un marco de libertad y restricción.

⁴⁸⁹ Cfr. Atienza, Manuel, *El Derecho...*, cit., p. 115.

Previo a dicho estudio, es pertinente aludir al carácter humano del juzgador, que permitirá comprender por qué puede permear la ideología en la decisión judicial. Al parecer las posturas críticas, no sólo verían en terceros un factor que pudiera desviar el actuar del juzgador, sino que incluso las propias limitaciones y sobre todo el seguimiento de una ideología inciden en una decisión judicial.

Conforme a lo señalado en el Capítulo Segundo y en el numeral anterior, existe un interés por mantener una independencia judicial, a fin de que el juzgador realice adecuadamente su función y no se incline por presiones del poder político, económico o social. Sin embargo, el problema no parecería limitarse a evitar una presión o influencia de parte de terceros, sino que incluso se tendría que partir desde las propias limitaciones e ideología del juzgador, una cuestión que incluso algunos autores ajenos a la crítica jurídica interna parecerían compartir. En cierta manera, se puede seguir lo que Alejandro Nieto señalaba como que la dependencia no se refiere a influencias externas, sino a una conciencia.⁴⁹⁰

Aristóteles ya adelantaba la pertinencia de considerar el estudio de quien interviene en un discurso, lo cual nos permite justificar la pertinencia de considerar el actuar del juzgador dentro del fenómeno jurídico. Así, Aristóteles identificaba tres clases de argumentos dentro del razonamiento: los que radican en el carácter del que habla; los que sitúan al oyente en cierto estado de ánimo, y los referidos al discurso, por lo que en realidad significa o por lo que parece significar.⁴⁹¹ Del carácter del que habla, Aristóteles señala que éste es significativo en tanto que el discurso se pronuncia de tal manera que hace digno de crédito al que lo declama, en tanto que a las personas de buenas costumbres se les cree más.⁴⁹² En el pensamiento de dicho autor, el interés por centrarse en el carácter del orador, se vincula con la retórica, la cual al tener como fin el juzgar, requiere atender no sólo a que el discurso sea apodíctico y fidedigno, sino también a cómo ha de prepararse el mismo orador y a cómo ha de predisponerse el juez, en tanto que importa mucho la autoridad del orador, su forma de presentación y el que se pueda suponer que el

⁴⁹⁰ Cfr. Nieto, Alejandro, *El malestar de los jueces...*, cit., p. 131.

⁴⁹¹ Cfr. Aristóteles, "Arte Retórica", *Arte Poética. Arte Retórica*, 4a. ed., trad. de José Goya y Muniain y Francisco de P. Samaranch, México, Porrúa, 2011, p. 87.

⁴⁹² Cfr. *Idem*.

que habla está de alguna manera favorablemente dispuesto en su ánimo en relación con los que le oyen, y respecto a éstos, si se logra que también ellos estén de alguna manera dispuestos con el orador.⁴⁹³ En este esquema, Aristóteles identifica tres causas para que los oradores sean dignos de crédito, además de las demostraciones, y que son la prudencia, virtud y benevolencia (opuestos a la ira, compasión y temor).⁴⁹⁴

Como se puede apreciar, en un discurso resulta igualmente significativo conocer quién interviene en el mismo y cuál es su credibilidad, de tal manera que junto con el contenido del mensaje del discurso, es menester indagar el carácter con el cual se ostenta el individuo. Así, la referencia a Aristóteles es un posicionamiento adicional que exhorta a aproximarnos en el actuar de los juristas y su credibilidad. En todo caso, es importante adelantar que la referencia al juzgador no evoca a centrarnos en un estudio psicológico, sino simplemente se busca destacar la relevancia que adquiere el comportamiento de los juristas al emitir determinados actos jurídicos. Así, además del razonamiento y fuentes del Derecho, resulta significativo referir a la importancia del jurista en su actuar en el Derecho.

Alf Ross señalaba lo poco realista que resultaba el positivismo jurídico que limita el Derecho a las normas puestas por las autoridades y que cree que la actividad del juez sólo consiste en una aplicación mecánica de ellas; para dicho autor, las normas jurídicas no pueden ser entendidas si se las aísla del medio cultural que las ha originado, y por la otra parte, en el cumplimiento de su misión, el juez se halla bajo la influencia de la tradición de cultura porque es un ser humano de carne y hueso y no un autómatas, o mejor dicho, el juez no es un mero fenómeno biológico sino también un fenómeno cultural, quien ve en su actividad una tarea al servicio de la comunidad, para lo cual desea hallar una decisión que no sea el resultado fortuito de la manipulación mecánica de hechos y párrafos, sino algo que tenga un propósito y un sentido, algo que sea válido.⁴⁹⁵

Bajo la lectura del Alf Ros, se advierte que el juez no es un autómatas que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones, sino que es un ser

⁴⁹³ Cfr. *Ibidem*, p. 137.

⁴⁹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 138.

⁴⁹⁵ Cfr. Ross, Alf, *Sobre el Derecho...*, *cit.*, pp. 130-131.

humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como correctas, de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural.⁴⁹⁶ Para Ross, la decisión está determinada por el efecto combinado de la interpretación cognoscitiva de la ley y de la actitud valorativa de la conciencia jurídica, lo que denota que la administración del Derecho no se reduce a una mera actividad intelectual, sino que está arraigada en la personalidad total del juez, tanto en su conciencia jurídica formal y material, como en sus opiniones, valoraciones sociales y observaciones sociológico-jurídicas.⁴⁹⁷

El tema de las limitaciones del juzgador, lo comparte hasta cierto punto el jurista español Francisco Laporta, quien al tratar el tema de la certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas advertía la importancia de basarse en reglas mejor que en estándares, apegándose al significado más evidente de los textos legales y poniendo énfasis en valores como la certeza jurídica y la adhesión al entendimiento usual de los mandatos legales y constitucionales, lo cual tiene como fundamento que los jueces no son Hércules ni Salomones, sino que son actores con capacidades finitas y limitaciones para procesar la información que se necesitaría para emitir un fallo en el que contemplaran todos los particulares del caso y sufren también las normales limitaciones de su racionalidad (una racionalidad tan limitada como la de cualquier otro agente decisor).⁴⁹⁸

Para Jerome Frank, el carácter humano de los juzgadores los hacía partícipes de las virtudes y debilidades de la generalidad de los mortales.⁴⁹⁹ Al efecto, dicho autor señalaba que el sistema jurídico se había erigido en torno a las creencias de que el juez centra su atención en reglas jurídicas “impersonales”; que sus decisiones son producto de la aplicación de esas reglas a los hechos del caso y por ende, el elemento humano en la decisión se encontraba reducida al mínimo. Sin embargo, para Frank, estas creencias favorecen los efectos de los prejuicios, pasiones y debilidades del juzgador, y en donde mientras más se tratara de ocultar

⁴⁹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 174.

⁴⁹⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 175-177.

⁴⁹⁸ Cfr. Laporta, Francisco J., “Certeza y Predecibilidad...”, *op. cit.*, pp. 90-91.

⁴⁹⁹ Cfr. Frank, Jerome, *Courts on Trial. Myths and Reality in American Justice*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1950, p. 146.

el hecho de que los juzgadores se guiaban por prejuicios, pasiones y debilidades, existe mayor probabilidad de aumentar esos prejuicios, pasiones y debilidades.⁵⁰⁰

Para Frank las reglas no son las que directamente deciden en uno u otro caso, ni obligan a los jueces a decidir de una determinada manera, ni predicen si los jueces decidirán de la misma manera en otros casos, en tanto que las reglas son una entre otras fuentes de que dispone el juzgador y que como tales no pueden controlar completamente las operaciones mentales, lo que conlleva a considerar que la personalidad del juzgador es también un factor decisivo del Derecho.⁵⁰¹

Frank señala que un rumbo correcto en el Derecho requiere reconocer la existencia necesaria del elemento personal del juzgador, y en donde la mejor garantía de justicia radica en el reconocimiento de los poderes, prejuicios y debilidades del juzgador.⁵⁰² Por ello, señala dicho autor que es imposible eliminar la cuestión subjetiva del juzgador o pretender eliminar las emociones del ámbito de la justicia, y lo más que se puede hacer es sensibilizar al juez de sus emociones, procurar un mejor balance de las mismas y articularlas con más detalle.⁵⁰³ Detrás de la crítica o denuncia realizada al juzgador, subyace una intención de mejorar el sistema judicial, para hacerlo más eficiente y más sensible a las necesidades sociales,⁵⁰⁴ por ende, el reconocimiento en general de (lo erróneo) de las creencias generalmente aceptadas de la decisión judicial, conlleva a explorar posibilidades de nuevas observaciones y técnicas.⁵⁰⁵

El posicionamiento de Frank al parecer pretende vincular un aspecto de cambio a través del juzgador e invitar a un cuestionamiento continuo al rol del juzgador en la dinámica jurídica. Sin embargo, no es posible reducir el elemento subjetivo a una cuestión de aversiones y simpatías del juzgador, por lo que tendríamos que determinar las ideas del juez que lo llevan a buscar un resultado.

⁵⁰⁰ Cfr. Frank, Jerome, "Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking", *Cornell Law Quarterly*, Nueva York, vol. XVII, 1931-1932, pp. 580-581.

⁵⁰¹ Cfr. Frank, Jerome, *Law and ...*, *cit.*, pp. 127-133.

⁵⁰² Cfr. *Ibidem*, pp. 138-141.

⁵⁰³ Cfr. *Ibidem*, pp. 142-145.

⁵⁰⁴ Cfr. Frank, Jerome, "Mr. Justice Holmes...", *cit.*, p. 586.

⁵⁰⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 597.

Aquí, Llewellyn refería al condicionamiento al que se encuentra sometido el artífice del Derecho, quien requiere identificar de qué materiales se dispone para trabajar y las habilidades formadas en uso de tales materiales. De esta manera, uno de los dispositivos técnicos del Derecho está constituido por la regla expresada mediante palabras habladas, junto a la cual se podría identificar el factor humano – que comprendería la cantidad y calidad del personal oficial.⁵⁰⁶

Bajo este esquema, el carácter humano evoca a considerar la ideología, prejuicios, vulnerabilidad y anhelos del juez y su posible incidencia en la decisión judicial. Lo anterior permite apreciar que además de la teoría dogmático-jurídica, consistente en el grupo de conceptos, propuestas, juicios de valor y principios tendientes a exponer el contenido de las normas jurídicas,⁵⁰⁷ existe también una dinámica que involucra la posibilidad de materializar ese conjunto de anhelos, ideales, ideología y deseos en la creación, aplicación y modificación del Derecho, y en donde la habilidad y conocimientos del jurista desempeñarán un papel significativo para concretar dicha búsqueda. El reconocimiento del factor humano en la decisión judicial nos aproxima al tema de la crítica a la neutralidad judicial, que encuentra un interesante desarrollo en los *CLS*, particularmente con Duncan Kennedy que se abordará a continuación.

3. *La ideología en la crítica a la neutralidad judicial*

Bajo la crítica a la neutralidad judicial se explora el problema de la influencia de la ideología en la decisión jurídica, lo cual busca generar una actitud crítica que permita que el jurista reflexione en torno a lo que subyace en la decisión judicial. Es menester precisar que la ideología no se relaciona con “corrupción”⁵⁰⁸ ni supone un ataque a los principios en Derecho y la moral que pueden ser consentidos por todos

⁵⁰⁶ Cfr. Llewellyn, Karl N., *Belleza y estilo en el Derecho*, trad. de José Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 1953, pp. 19-22.

⁵⁰⁷ Acerca de la teoría dogmático-jurídica, Véase Aarnio, Aulis, “Cambio o evolución”, s/t, en Aarnio, Aulis *et. al.*, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 102-107.

⁵⁰⁸ Cfr. Kennedy, Duncan, “The Hermeneutic of Suspicion...”, *cit.*, pp. 98-101.

los seres racionales.⁵⁰⁹ Tampoco se relaciona con una posible venta de la independencia a algún poder para obtener ventajas discrecionales de la carrera judicial, que le lleve a identificarse con los objetivos e intereses del juzgador,⁵¹⁰ simplemente representa una inclinación hacia un posicionamiento filosófico-político al cual se adhiere el juzgador que buscará concretar en una sentencia.

Mientras fenómenos como la corrupción implicarían una conducta ilegal por parte del juez, el seguimiento de una ideología no reporta un desacato deliberado de la ley, en tanto que como se podrá apreciar con posterioridad, el seguimiento ideológico se enmarca en un conjunto de proyectos asumidos por determinados grupos o individuos a los cuales se adhiere el juez, y bajo los cuales se pretenderá resolver una controversia. Como preámbulo al tema se aludirá brevemente a la noción de interés en la norma jurídica, que pretende sensibilizar acerca de las posturas humanas irreconciliables y su posible aparición en la norma jurídica.

A. La noción de interés en la norma jurídica

La noción de interés en la norma jurídica, evoca a considerar nuevamente la vinculación del poder con el Derecho. En este esquema, las normas jurídicas se asocian con una representación de la actitud política triunfante, que representarán los intereses de las facciones partidarias, los factores de poder o los grupos de presión que han intervenido en el conflicto, y si se quiere la voluntad unificada de la fuerza social dominante.⁵¹¹ Atienza y Ruiz Manero, reconocen igualmente que las normas jurídicas, en general, son el resultado de intereses y de relaciones de poder, y también se asocian con la configuración jurídica de las relaciones de poder, con lo cual el poder no aparece únicamente en el momento de su establecimiento o de su aplicación, sino que configuran una estructura de poder, al otorgar a ciertos individuos o grupos la capacidad de afectar a los intereses de otros individuos.⁵¹²

⁵⁰⁹ Cfr. Murphy, Jeffrie G. y Coleman, Jules L., *op. cit.*, p. 51.

⁵¹⁰ Cfr. Nieto, Alejandro, *El malestar de los jueces...*, *cit.*, pp. 132-133.

⁵¹¹ Cfr. Méndez de Smith, Elisa A., *Las ideologías y el derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1982, p. 99.

⁵¹² Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados Jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 16.

En este punto, sin embargo, se advierte el problema del relativismo axiológico a que alude Alejandro Nieto, para quien si bien el Derecho está al servicio de valores, la determinación de los valores que requieren reconocimiento en la ley, corresponde al Poder. De esta manera, señala dicho autor, que es el poder el que determina en la ley los intereses (y valores) prevalentes e impone a los órganos del Estado y a los ciudadanos el deber de atenerse a ellos, y en donde incluso el juzgador puede adoptar una actitud frontalmente rebelde, y matizar dichos valores de acuerdo con su propia voluntad, cuando no coincidan con los del legislador.⁵¹³

Para Roscoe Pound, un interés es un deseo de los seres humanos que individual o colectivamente buscan satisfacer, los cuales se deben considerar para ordenar las relaciones humanas y la conducta humana, y en donde el Derecho, entendido como un cuerpo de guías de autoridad o sustento de la determinación de controversias, no crea tales intereses.⁵¹⁴ Para dicho autor, los conflictos o la competencia entre intereses surgen dada la competencia entre individuos entre ellos mismos de satisfacer pretensiones y deseos propios.⁵¹⁵ El Derecho, en todo caso los clasifica y reconoce; establece los límites que se esfuerza en: proteger, sobre todo en vista de otros intereses que también son reconocidos y la posibilidad de ser efectivamente protegidos en procesos judiciales o administrativos; identificar los medios en los cuales los intereses pueden protegerse, reconocerse y delimitarse, así como prescribir cánones de valoración para determinar los intereses a reconocer y juzgar el peso que se debe dar en un caso determinado para la limitación práctica de una acción jurídica.⁵¹⁶

En este esquema, Pound adelantaba que existía una constante presión en reconocer pretensiones, que no han sido admitidas dentro del orden jurídico, así como la constante lucha para dar un mayor valor a una pretensión que ha obtenido reconocimiento.⁵¹⁷ Cuando existe un inventario de pretensiones que exigen ser reconocidas, el siguiente paso es su reconocimiento total o parcial, negar su

⁵¹³ Cfr. Nieto, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 45-46.

⁵¹⁴ Cfr. Pound, Roscoe, *Social control...*, cit., p. 66.

⁵¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 67.

⁵¹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 68.

⁵¹⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 78.

reconocimiento o establecer límites para su reconocimiento. Lo anterior puede ser realizado de manera arbitraria, sin embargo, un ajuste arbitrario de los intereses no se mantiene ni permanece. Agrega Pound que el reconocimiento o negación de reconocimiento de determinados intereses y la delimitación de aquellos reconocidos se realiza de acuerdo a una medida establecida de valores, lo que conduce a asegurarlos con los derechos.⁵¹⁸

Desde el Realismo Jurídico Escandinavo, Alf Ross concebía que el interés en sentido amplio abarca todo estado de conciencia que encierra una actitud, y que puede ser experimentado por las personas o por una comunidad,⁵¹⁹ los cuales adquieren el carácter de públicos cuando son protegidos por el Estado como expresión de los órganos políticamente organizados del poder de la comunidad.⁵²⁰

En este mismo orden de ideas, Hayek concebía que las reglas sólo pueden indicar con qué expectativas contar y cuáles no, y que en caso de conflicto, el juzgador ha de decidir en torno a cuál de dichas expectativas es legítima, lo cual dará una base para una nueva expectativa, que pese a implicar la posibilidad de resolver una disputa presente, la generación de la nueva expectativa puede dar lugar a una nueva controversia.⁵²¹ Es así que los intereses que se gestan en una sociedad buscan un reconocimiento dentro de las normas jurídicas. La referencia a los intereses exhortaría a indagar la problemática que se presentaría si un juez se basara en su ideología para intentar llegar a un resultado concreto, así como adentrarse en los intereses que se aceptan o rechazan.

B. Concepción de la ideología

Desde un matiz marxista, la ideología se concibe como una deformación de la representación del mundo a partir de la relación imaginaria del hombre con sus

⁵¹⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 79.

⁵¹⁹ Cfr. Ross, Alf, *Sobre el Derecho...*, cit., p. 439.

⁵²⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 443.

⁵²¹ Cfr. Hayek, F.A., *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, Londres, Routledge, 1998, pp. 101-102.

condiciones de existencia (relaciones de producción y clase)⁵²² o en la constitución y modelación de la forma en que los seres humanos viven sus vidas como actores conscientes y reflexivos en un mundo estructurado y significativo,⁵²³ que funcionan con un cierto desorden, que referidos a procesos sociales en curso, difieren, compiten y chocan entre sí tanto por lo que dicen acerca del mundo como para indicar quienes somos.⁵²⁴

Precisamente, Manuel Atienza destacaba la ambigüedad con que se emplea el término ideología, el cual tiene al menos dos significados diferentes: uno de carácter neutral o descriptivo, que alude a sistemas de ideas, concepciones del mundo que funcionan como una guía para la acción en el campo de la política, del Derecho o de la moral, así como la proyección que tales ideas tienen en la conciencia de los individuos; y el otro reflejaría que el Derecho como tal, es una ideología en el sentido peyorativo de la expresión, que oculta y deforma la auténtica realidad de las relaciones sociales.⁵²⁵

La ideología, en opinión de Giuseppe Lumia, tiene una función valorativo-prescriptiva (en oposición a la descriptivo-informativa) que tiende a influir sobre la conducta humana a propósito de elecciones preferenciales, sin que se pueda dar sustento, demostraciones (como en las matemáticas) o pruebas experimentales (como en la física o en la biología) a tales proposiciones.⁵²⁶ Aunado a lo anterior, podríamos encontrar dentro de las nociones de ideología la alusión a una deformación de la realidad, bien sea a partir de una relación imaginaria del hombre con sus condiciones de existencia (relaciones de producción y de clase), con existencia material,⁵²⁷ o asumir un sentido particular que expresa nuestro escepticismo respecto de las ideas y representaciones del adversario.⁵²⁸

⁵²² Cfr. Althusser, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado. Práctica teórica y lucha ideológica*, México, Grupo Editorial Tomo, 2008, pp. 50-55.

⁵²³ Cfr. Therborn, Göran, *La ideología del poder y el poder de la ideología*, 3a. ed., trad. de Eduardo Terrén, México, Siglo XXI Editores, 1991, p. 13.

⁵²⁴ *Ibidem*, pp. 63-64.

⁵²⁵ Cfr. Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2012, pp. 145-146.

⁵²⁶ Cfr. Lumia, Giuseppe, *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1973 (decimotercera reimpresión marzo 1993), pp. 140-141.

⁵²⁷ Véase Althusser, Louis, *op. cit.*, pp. 50-55.

⁵²⁸ Cfr. Mannheim, Karl, *Ideología y Utopía*, trad. de Salvador Echavarría, México, Fondo de Cultura Económica, 1941, p. 49.

Como interpretación deformante de la realidad social, la ideología puede concebirse como una actitud práctica proyectada a la experiencia política concreta desde la cual son planteados y, a veces, también resueltos, los complejos conflictos sociales que se agitan sucesivamente en el acontecer histórico de una comunidad, y que resulta en confrontación con otro esquema interpretativo de la misma realidad social, que afirmando no ser ideológico se le contrapone dialécticamente, y en donde subyace siempre una interrogante acerca de cuál es el fundamento de la verdad, cuál es la razón suficiente en que se apoyan ambas interpretaciones antitéticas.⁵²⁹

Para Raymond Aaron, las ideologías son a la vez parciales, porque tienen como centro determinados conceptos, y partidistas, porque ignoran lo que las perjudica e insisten en lo que las favorece.⁵³⁰ Para dicho autor, todas las sociedades llevan consigo una discusión ideológica, es decir, una controversia intelectual y emocional, sobre las ventajas y los inconvenientes de los diversos regímenes, lo único que las distinguiría es la forma de llevar a la práctica dicha discusión.⁵³¹

Hasta este punto, la ideología apunta a ciertos conflictos que se pueden gestar en la sociedad con la finalidad de imponer un conjunto de valores, ideas o conceptos, sobre las cuales han de guiarse las acciones. Ahora bien, valdría la pena explorar si dichos conflictos pueden ser extensivos al ámbito jurídico, concretamente se tendría que indagar si la actividad de los juzgadores se puede ver afectada por el seguimiento de una determinada ideología.

Una primera aproximación a la vinculación de la ideología con los tribunales la expone Modesto Saavedra, para quien los tribunales constituyen el marco político en el que se inserta la comunicación ideológica, y permiten explicar esta comunicación como una práctica autónoma en conexión con las luchas de clases en general y, en último término, en función de la reproducción de las relaciones productivas; en tanto escenario de la lucha ideológica de clases, las clases

⁵²⁹ Cfr. Méndez de Smith, Elisa A., *op. cit.*, p. 56.

⁵³⁰ Cfr. Aron, Raymond, "La ideología, base esencial de la acción", en Wladimir Weidle *et. al.*, *Las ideologías y sus aplicaciones en el siglo XX*, trad. de Luis González Seara, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 262.

⁵³¹ Cfr. *Ibidem*, p. 264.

dominantes pueden ocupar un lugar propio en los aparatos, y conquistar posiciones que a veces pueden ser importantes, en tanto que las clases dominadas pueden utilizar sus resortes de poder mediante la ocupación de espacios en los aparatos del Estado, a fin de imponer su presencia y su voluntad en la creación y modificación de las condiciones –políticas, jurídicas, ideológicas- necesarias para la reproducción de las relaciones productivas.⁵³²

Desde el Realismo Jurídico Norteamericano, Benjamin Cardozo adelantaba que las decisiones de los tribunales en cuestiones económicas y sociales dependían de la filosofía económica o social e incluso, para dicho autor, el espíritu de una época, tan sólo refleja el espíritu del grupo determinado por el nacimiento, educación, ocupación o comunidad.⁵³³ Igualmente, Alf Ross ya refería que la cambiante conducta del juez sólo puede ser comprendida y predicha mediante una interpretación ideológica, esto es, mediante la hipótesis de una cierta ideología que anima al juez y motiva su acción, el cual a su vez se halla sometido a las reglas.⁵³⁴ Estas posturas reflejan la incidencia de factores externos en la decisión judicial que valdría la pena considerar de manera auxiliar para explicar el sentido de las decisiones y los cambios en las mismas.

Frente a dichas nociones, los *CLS* proporcionarán otra dimensión de la ideología, su presencia en la decisión judicial y su incidencia en el actuar del juzgador. Para Duncan Kennedy, la ideología se concibe como “un proyecto de universalización de una *intelligentsia* que considera que actúa ‘para’ un grupo cuyos intereses están en conflicto con los de otros grupos.”⁵³⁵ Una definición adicional de ideología presente en dicho autor es concebirla como la parte teórica de los proyectos políticos que buscan cambiar o preservar alguna dimensión controversial de la vida social, de esta manera una ideología sólo será tal si combina las pretensiones de un grupo particular o la universalización de los intereses hacia personas que no comparten dichos intereses o que resultarían perjudicadas por el

⁵³² Cfr. Saavedra, Modesto, *Interpretación del Derecho e Ideología. Elementos para una crítica de la Hermenéutica Jurídica*, Granada, Universidad de Granada, 1978, pp. 172-178.

⁵³³ Cfr. Cardozo, Benjamin N., *The nature of the judicial process*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1965, pp. 171-175.

⁵³⁴ Cfr. Ross, Alf, *Sobre el Derecho...*, cit., p. 64.

⁵³⁵ Kennedy, Duncan, “El comportamiento estratégico...”, cit., p. 28.

éxito de tal universalización.⁵³⁶ En general se parte de la idea de que cada área de la vida social se encuentra afectada por un conflicto ideológico, y en donde las *intelligentias* ideológicas juegan un rol significativo en los litigios, en donde el juzgador monitorea e incluso controla activamente la administración de diversos tipos de regímenes.⁵³⁷ Así, el autor en comento refiere que la decisión judicial funciona para asegurar ya intereses ideológicos particulares, ya intereses generales de clase de la *intelligentsia* relacionados con el statu quo social y económico.⁵³⁸

César Rodríguez, al comentar sobre la ideología de Duncan Kennedy, señala que ésta se puede concebir como:

Un discurso elaborado por una élite ilustrada que pretende defender a través de él los intereses de un grupo social que entiende representar. La estrategia de defensa consiste en articular el discurso en términos universales, de tal forma que quede oculto el vínculo con el grupo representado.⁵³⁹

Dicho autor explica cómo las ideologías opuestas entran en conflicto constantemente en múltiples escenarios de la vida social, dentro de los cuales, el Derecho cumple una función central, en tanto que establece las reglas de juego que favorecen una u otra posición ideológica, lo que explica por qué, las *intelligentsias* ideológicas y los grupos sociales que representan tienen un interés vital en la definición de las reglas jurídicas, bien en la expedición de una ley, bien en la solución judicial de un caso concreto.⁵⁴⁰

En cierta forma, parecería que cada fuerza social emprende una lucha ideológica que deviene en una lucha de la justicia contra la injusticia, al grado de que cada institución jurídica parecería tener un trasfondo ideológico y encarar la

⁵³⁶ Cfr. Kennedy, Duncan, "Political Ideology and Comparative Law", en Bussani, Mauro y Mattei, Ugo (eds.), *Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 40. <http://duncankennedy.net/documents/Political%20Ideology%20and%20Comparative%20Law.pdf>

⁵³⁷ Cfr. Kennedy, Duncan, "The Hermeneutic of Suspicion...", *cit.*, p. 114.

⁵³⁸ Cfr. Kennedy, Duncan, "El comportamiento estratégico...", *cit.*, p. 29.

⁵³⁹ Rodríguez, César, *op. cit.*, pp. 63-64.

⁵⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 64-65.

historia de un conflicto de ideologías que se han desarrollado en el respectivo escenario político-social y que se ha traducido, en última instancia, en una puja por hacer prevalecer determinados principios en el ámbito del Derecho positivo.⁵⁴¹

Bajo este esquema, se advierte que la ideología conlleva un proyecto político encaminado a concretarse en la práctica, y que como tal puede estar en conflicto con el proyecto de otros individuos. La trascendencia de la ideología va más allá de denunciar que el contenido del Derecho se encuentra vinculado con alguna forma particular de pensamiento o corriente, ya que lo que se pretende enfatizar es cómo dicha ideología llega a influir en el desarrollo de las prácticas jurídicas mismas y la manera en que la ideología incide en la actividad de los órganos del Estado.

Para los *CLS*, y concretamente para Duncan Kennedy, la mención de la ideología conlleva analizar lo que subyace detrás del evento de la elección de la regla por parte del juzgador,⁵⁴² y explorar una dinámica distinta de la decisión judicial que permite diferenciar entre entender las decisiones jurídicas como resultantes de la aplicación neutral del Derecho, y entenderlos como el resultado de una persecución de proyectos ideológicos.⁵⁴³ Lo anterior, conduce a tomar la ideología (del juzgador) en serio,⁵⁴⁴ ya que permite la fijación del sentido de la sentencia a la cual se quiere llegar, la orientación de la actividad jurídica a realizar y la determinación de efectos decisivos de los grupos ideológicos en conflicto.⁵⁴⁵

Así, la obtención (formalmente justificada) de resultados distintos en la decisión judicial advierte que la ideología pudiera inscribirse en las prácticas de los individuos. En esta aproximación, Duncan Kennedy identifica un potencial de incoherencia e indeterminación en la ideología que repercutiría en la elección de la interpretación de los materiales jurídicos (fuentes del Derecho) en la decisión judicial.⁵⁴⁶ De esta manera, la elección del método se vincularía a un encubrimiento

⁵⁴¹ Cfr. Méndez de Smith, Elisa A., *op. cit.*, pp. 97-98.

⁵⁴² Cfr. Kennedy, Duncan, Kennedy, Duncan, "Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation", *Utah Law Review*, Utah, núm. 3, Diciembre 1997, pp. 802-803.

⁵⁴³ Cfr. Kennedy, Duncan, "El comportamiento estratégico...", *cit.*, pp. 45-46.

⁵⁴⁴ Cfr. Rodríguez, César, *op. cit.*, pp. 52-53.

⁵⁴⁵ Cfr. Kennedy, Duncan, "Strategizing Strategic Behavior...", *cit.*, pp. 808-809.

⁵⁴⁶ Cfr. Kennedy, Duncan, "El comportamiento estratégico...", *cit.*, pp. 46-47.

ideológicamente motivado para determinar la interpretación (y aplicación) de la norma jurídica para un propósito en particular y llegar a un resultado aparentemente ‘correcto’ en una controversia determinada.⁵⁴⁷

A mayor abundamiento, el conflicto de ideologías en la decisión judicial se refleja en tres efectos para los grupos involucrados, a saber: 1) El efecto inmediato de la definición judicial es la definición a favor de un grupo o de otro, del caso concreto; 2) Lo decidido en el fallo pasa a ser parte de las reglas de juego de las luchas futuras entre los grupos ideológicos y, por tanto, inciden en el poder relativo de cada uno de éstos y 3) Dado que los jueces son símbolos sociales de autoridad e imparcialidad, sus pronunciamientos tienden a generar el “efecto de conversión”, esto es, la creencia del público de que lo establecido en las sentencias es lo correcto. Con el efecto de conversión, el juez que dirime una lucha ideológica legítima –es decir, hace ver como correcta- la decisión adoptada.⁵⁴⁸

Por lo anterior, parecería que los efectos de las sentencias, no sólo se limitan a resolver una controversia presente de las partes, sino que incluso inciden significativamente en la definición de la lucha ideológica de las fuerzas sociales, y en donde el Derecho constituye uno de los campos de batalla fundamentales.

En este punto se podría trazar la distinción entre incurrir en actos de corrupción y que el juez intente seguir una ideología para intentar llegar a una sentencia deseada. En general, la corrupción se asocia con la falta de altruismo, o altruismo limitado de los seres humanos, que tienden, en cualquier circunstancia al egoísmo y a la búsqueda del propio beneficio, si razones culturales o límites morales y jurídicos no orientan su conducta en sentido solidario y cooperativo, el cual se puede ver favorecido o impulsado por: causas asociadas a una crisis general de valores; efectos indeseados del capitalismo o de la democratización social y política; incremento de la autonomía de los grupos de mentalidad cerrada; aparición y potenciación de facciones en el ámbito político, económico y social; crisis de la representación, así como aspectos derivados de la ilusión de obtención de ventajas en el mercado, que orientan o favorecer decisiones corruptas y garantizar a

⁵⁴⁷ Cfr. Kennedy, Duncan, “The Hermeneutic of Suspicion...”, *cit.*, pp. 102-104.

⁵⁴⁸ Cfr. Rodríguez, César, *op. cit.*, pp. 67-68.

individuos o grupos la adquisición de bienes, ventajas o beneficios injustificados, lo cual irrumpe en el núcleo central de las reglas del juego limpio, arruina la confianza y los comportamientos de buena fe se ven engañados y pervertidos.⁵⁴⁹

El tema de la corrupción por ende, supone incidir en la toma de decisiones para la obtención de un beneficio personal, un fenómeno derivado de diversas causas políticas, económicas y sociales, que la legislación requiere prevenir y sancionar. Bajo una hipótesis de corrupción, la decisión se adopta aun si ésta es contraria a Derecho. Por su parte, en el seguimiento ideológico en los términos a que alude Duncan Kennedy, no existe la obtención de un beneficio personal (directo), y no necesariamente se alcanza el resultado deseado, en tanto que el seguimiento ideológico del resultado de una decisión no puede ir en contra del Derecho. De esta manera, que el juzgador busque seguir una ideología para llegar a una decisión, requiere de una aproximación distinta al de la corrupción, que permita determinar si el juzgador se ha conducido bajo los presupuestos de racionalidad y razonabilidad exigidos por el Estado Constitucional de Derecho e indagar el tipo de ideología que se ha privilegiado y sus razones.

Así, la crítica ideológica busca indicar la mediación entre los hechos y el individuo, en la cual se estructura la percepción del mundo con la correspondiente inclusión de la propia concepción de las cosas erróneas o equivocadas y lo que se puede hacer acerca de ellas.⁵⁵⁰ Igualmente, el reconocimiento de la ideología permitirá: 1) Analizar la actividad judicial, en la cual los juzgadores realizan elecciones estratégicas, en tanto que tienen que seguir una ideología determinada;⁵⁵¹ 2) Identificar los efectos decisivos de la decisión judicial, a partir de un conflicto de ideologías; 3) Identificar la ideología en la práctica jurídica;⁵⁵² 4) Incidir en la precomprensión de un problema específico, la cual dependerá de la adscripción ideológico-política propia del intérprete, así como de la influencia de la

⁵⁴⁹ Cfr. Peces-Barba, Gregorio, *Diez lecciones sobre Ética...*, cit., pp. 413-415.

⁵⁵⁰ Cfr. Kennedy, Duncan, "The Globalization of Critical Discourses on Law: Thoughts on David's Trubek's Contribution", en De Búrka, Gráinne et. al. (ed.), *Critical Legal Perspectives on Global Governance. Liber Amicorum David M. Trubek*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2014, p. 7. <http://duncankennedy.net/documents/New/The%20Globalization%20of%20Critical%20Discourses%20on%20Law.pdf>

⁵⁵¹ Cfr. Kennedy, Duncan, "Strategizing Strategic Behavior...", cit., pp. 784-790.

⁵⁵² Véase Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial...*, cit., p. 105.

coyuntura, especialmente en momentos de transición y en donde la resolución de los casos planteados permite la utilización de criterios procedentes del campo de lo jurídico-positivo, del ámbito de la ética en general y del campo de las consideraciones pragmáticas o propias de la lucha política en sentido estricto.⁵⁵³

El aceptar la ideología en la decisión judicial, no busca escandalizar, ni derrumbar los cimientos del Estado y su orden jurídico; tampoco pretende incidir en el ámbito privado del juzgador o prohibir que el juez se adscriba a determinada ideología (la que en todo caso, ha de circunscribirse a los valores permitidos por el Estado Constitucional de Derecho), sino que proporciona una categoría adicional de análisis de la resolución judicial, identificar sus efectos en la práctica jurídica cotidiana, así como y explicar los diferentes resultados que se alcanzan en casos similares. Como refiere Rosario Serra Cristóbal, de lo que se trata no es descalificar a un juez por sus ideas, o de entender que la mera existencia de unas tendencias ideológicas en el juez lo inhabilitan para decidir un asunto de forma imparcial, por el contrario, se trata de ser conscientes de que en determinados casos, la ideología sí puede ser aireada como tacha de parcialidad, siempre que pueda probarse el enfrentamiento radical de ideas entre el juez y una de las partes o la connivencia descarada de las ideas del juez con una de las partes.⁵⁵⁴

Es menester señalar que del seguimiento de los *CLS*, no se aprecia interés por teorizar sobre Filosofía Política. Para dicha corriente, cualquier postura ideológica puede incidir en el despliegue de estrategias argumentativas y en la orientación de determinados resultados de la decisión judicial, basta con tener una postura activista o semiconsciente para buscar un resultado particular.⁵⁵⁵ Incluso, el pertenecer a una corriente ideológica o a otra, no exime que se presenten situaciones contradictorias en la práctica que dificulten la aplicación de la ideología en la decisión judicial, la única diferencia que en su caso existiría es en los resultados distintos a los cuales se llegará bajo una u otra ideología.⁵⁵⁶

⁵⁵³ Cfr. Saavedra, Modesto, *op. cit.*, pp. 185-186.

⁵⁵⁴ Cfr. Serra Cristóbal, Rosario, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁵⁵ Véase Kennedy, Duncan, "El comportamiento estratégico...", *cit.*, pp. 48-71.

⁵⁵⁶ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial...*, *cit.*, p. 81.

Como se puede apreciar, la ideología sí puede, aunque sea marginalmente, incidir en la práctica jurídica cotidiana, concretamente en la decisión judicial, en donde la sentencia parece tener efectos sobre los grupos ideológicos en conflicto, lo cual exhorta a tener un análisis y evaluación distinto del texto de la decisión, a fin de dilucidar si se privilegió alguna ideología, bajo qué argumentos, qué efectos tendrá sobre las partes en juicio y de qué manera en su caso, es posible incorporar elementos que puedan ayudar al juez a proveer de mejor sentido sus sentencias.

4. *El comportamiento estratégico del juzgador y la búsqueda de la sentencia deseada*

A. El comportamiento estratégico del juzgador

Una aproximación a la manera en que la ideología del juzgador es significativa para decidir el sentido de la sentencia, se encuentra en la postura de Duncan Kennedy. Mientras para Dworkin, el interpretativismo supone que los jueces deben efectuar nuevos juicios de moralidad política en los casos difíciles y les sugiere que persigan un equilibrio interpretativo entre la estructura jurídica como un todo y los principios generales que justifiquen mejor esa estructura,⁵⁵⁷ la postura de Kennedy se basa en el comportamiento estratégico en la interpretación judicial, así como en un esquema de libertad y restricción de la decisión judicial.

Kennedy concibe el comportamiento estratégico como “la elección, fundada en motivaciones externas, de trabajar para desarrollar una de las posibles soluciones del problema jurídico en cuestión en lugar de otra.”⁵⁵⁸ En esta elección, Kennedy presenta tres tipos judiciales (activista –restringido-, mediador y bipolar), que en mayor o menor medida reconocen la presencia ideológica en su actuar.⁵⁵⁹

Desde luego, la postura asumida por Kennedy, ha sido objeto de diversas críticas, en tanto que se estima que se alude a un ‘justificacionismo radical’, en el cual la justificación es sencillamente imposible, ya que se trata de una pura cuestión

⁵⁵⁷ Cfr. Dworkin, Ronald, *La Justicia...*, cit., pp. 263-274.

⁵⁵⁸ Kennedy, Duncan, “El comportamiento estratégico...”, cit., p. 28.

⁵⁵⁹ Véase *Ibidem*, pp. 38-43.

de voluntad, y, en consecuencia, las justificaciones que de hecho los jueces incorporan a sus decisiones son vistas como meras racionalizaciones.⁵⁶⁰ Del mismo modo, se cuestiona que las corrientes críticas no asumen el problema de la identificación ni unidad en el Derecho.⁵⁶¹

Pese a las críticas en cuestión, se estima que el esquema abordado por Duncan Kennedy, dista de ser una referencia a que las decisiones judiciales son una cuestión de voluntad, o de elusión a abordar los problemas de identificación y unidad del Derecho, en tanto que retoma el interés por reconsiderar el papel del juez en el Derecho y proporciona un esquema de libertad y restricción en la decisión judicial, el cual permite identificar los factores ideológicos del juzgador, limitaciones u “obstáculos” que impone el razonamiento jurídico y fuentes del Derecho a la decisión judicial, así como indagar otras posibles restricciones a la decisión judicial y la manera en que dichas restricciones pueden ser significativas para orientar el actuar razonable del juzgador.

B. La búsqueda de la sentencia deseada

De la lectura de la obra de Duncan Kennedy, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, se desprende que en general, la búsqueda de la sentencia deseada evoca la manera en que el juzgador, pretende concretar su sentido de la justicia o un proyecto ideológico como criterio para decidir un caso concreto.⁵⁶² La comprensión de dicho tema nuevamente invita a considerar las posturas que en su momento asumieron los Realistas Jurídicos en relación al juez lo cual brevemente se expondrá a continuación.

Dentro del Realismo Jurídico Norteamericano, Benjamín N. Cardozo, indicaba que el deber del juez es declarar el Derecho, de acuerdo con la razón y justicia, que en cierta manera estaría involucrada con la costumbre y con la moralidad.⁵⁶³ Dicho autor expone que si bien se reconoce cierta capacidad para

⁵⁶⁰ Cfr. Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho...*, cit., p. 103.

⁵⁶¹ Cfr. *Ibidem*, p. 185.

⁵⁶² Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial...*, cit., pp. 91-93.

⁵⁶³ Cfr. Cardozo, Benjamin N., *The Nature of the...*, cit., p. 106.

innovar en la actuación judicial, el juzgador no es totalmente libre, al estar sujeto a diversos métodos que fundamentan su actividad y mantener una relación entre el Derecho y la moral, entre los preceptos del Derecho, la razón y la buena conciencia.⁵⁶⁴

Para Pound es posible identificar ciertos límites prácticos que precluyen la intención de hacer en el Derecho lo que se quiera realizar bajo determinadas consideraciones éticas o ideales sociales, y que son: 1) la comprobación de hechos a los cuales se aplicarán los preceptos jurídicos; 2) intangibilidad de los deberes morales que a pesar de ser atractivos en un momento determinado, no pueden ser cumplidos legalmente; 3) dificultad para proteger determinados intereses a través de mecanismos jurídicos; 4) inaplicabilidad de la maquinaria jurídica para remediar varios aspectos de la conducta humana frente a determinadas relaciones humanas o males, y 5) la necesidad de recurrir a individuos para aplicar la ley.⁵⁶⁵

Llewellyn advertía que en el Derecho, el cambio de estilo –referido en las maneras de pensar y de operar por parte de quienes aplican el Derecho- se manifestará necesariamente en la predisposición de quienes aplican el Derecho técnicamente y en las variaciones que experimentará la orientación de su pensamiento y de su trabajo, antes de que llegue a reflejarse en la estructura de normas que resulta.⁵⁶⁶ Si bien, en el Derecho puede subsistir la estructura de las normas, la predisposición del artífice y sus métodos de trabajo pueden alterarse y de nuevo variar aunque permanezcan inalterables grandes porciones de la estructura anteriormente erigida. En este punto, los artífices son los mediadores entre el pueblo y las estructuras de normas y formas de Derecho.⁵⁶⁷

Por lo anterior, el Realismo Jurídico Norteamericano reconoce la obligación del juez de actuar conforme a la razón y justificar sus decisiones. La particularidad que se aprecia es la referencia a la orientación que el juez dará al momento de aplicar el Derecho, que conlleva un redimensionamiento de los aspectos materiales

⁵⁶⁴ Cfr. Cardozo, Benjamin Nathan, *La Función Judicial*, México, Pérez-Nieto Editores, 1996, pp. 53-71.

⁵⁶⁵ Cfr. Pound, Roscoe, *Social control...*, cit., pp. 55-58.

⁵⁶⁶ Cfr. Llewellyn, Karl N., *Belleza y estilo...*, cit., pp. 15-16.

⁵⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 17-18.

y subjetivos que pueden estar presentes en la decisión judicial, y en donde el juez desempeña un papel significativo, aunque no predominante, ya que la naturaleza de las fuentes del Derecho y del razonamiento jurídico impedirán que el juez simplemente resuelva como mejor le convenga.

La referencia al juzgador de orientar la decisión a partir de un sentido de la justicia, incluso se abordó desde el Realismo Jurídico Escandinavo, dentro del cual Ross señaló que el juez al preparar el camino para un nuevo Derecho puede dejarse orientar por su sentido de justicia o intentar racionalizar su reacción mediante un análisis de las consideraciones prácticas sobre la base de un cálculo jurídico-sociológico de los efectos presumibles de una regla general u otra.⁵⁶⁸

Kennedy enriquecerá los enfoques anteriores al presentar un ejemplo en el cual tendría lugar la referencia a la libertad y restricción en la decisión judicial, que supone cuatro variaciones en el proceso de argumentación, que valdría la pena enunciar, a reserva de dar una breve descripción con posterioridad:

- 1) Determinación de la sentencia a la cual se quiere llegar.
- 2) Intento por superar la primera impresión o idea inicial de lo que la ley exige, demanda u ordena.
- 3) Aproximación *intencional* del juzgador con el material jurídico.
- 4) Valoración y seguimiento de estrategias jurídicas.

En este esquema, el razonamiento jurídico corresponde a un tipo de trabajo que tiene un propósito, consistente en hacer que el caso se resuelva tal y como el sentido de la justicia lo indica, a pesar de todo aquello que en primera instancia pueda parecer como *resistencia* u *oposición* que la 'ley' ejerce.⁵⁶⁹ En aras de lograr este propósito, el razonamiento jurídico representa "el proceso de crear el campo de la ley a través del replanteamiento o la reformulación, antes que una aplicación de la norma."⁵⁷⁰ A través del razonamiento jurídico se buscará reformular y replantear el campo jurídico, y demostrar que la sentencia deseada se ajusta a las

⁵⁶⁸ Cfr. Ross, Alf, *Sobre el Derecho...*, cit., p. 132.

⁵⁶⁹ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial...*, cit., pp. 119-120.

⁵⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 219.

exigencias de las normas, principios e instituciones jurídicas, y con ello convencer a la sociedad y a la comunidad jurídica de la decisión adoptada.

A partir de esta concepción, la argumentación jurídica se manifiesta como “un conflicto entre lo que “la ley” exige y “la sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar.”⁵⁷¹ En este contexto, la argumentación jurídica se concibe como la “actividad de reformular reglas generales, re-estructurar los hechos de modo que el caso que en un principio parecía ‘ser cubierto’ por la norma ‘A’ ahora ‘resulte cubierto’ por la norma ‘B’”.⁵⁷² Dentro de esta actividad, aparecería un posible carácter contradictorio en la argumentación, ya que los materiales jurídicos pueden ser empleados de diversas maneras⁵⁷³ y en que al parecer no existe una respuesta única o correcta, máxime si se consideran las intenciones, ideologías, proyectos, experiencia y habilidades del juzgador que influyen en la percepción del caso concreto, así como las normas y precedentes jurídicos a emplear, que en conjunto inciden en la manera de trabajar con el material jurídico.⁵⁷⁴ Así, en la búsqueda de la sentencia deseada, el juzgador busca emplear el razonamiento y argumentación jurídica para justificar su decisión, sin que exista una certeza en si se podrá llegar o no a un determinado resultado.

En cierta medida, es posible retomar nuevamente lo postulado por Alf Ross, para quien por lo común el juez no admite que su interpretación tiene este carácter constructivo, sino que, mediante una técnica de argumentación, intenta hacer ver que ha llegado a su decisión objetivamente y que ésta se halla comprendida por el “significado de la ley” o por la “intención del legislador”, con lo cual trata de preservar ante sus propios ojos, o por lo menos “ante los “ojos de los demás” que la administración de justicia sólo está determinada por el motivo de la obediencia al Derecho, en combinación con una captación racional del significado de la ley o de la voluntad del legislador, a partir de lo cual, el juez trata de construir una fachada de justificación que a menudo no concuerda con lo que en realidad lo hizo decidir el caso en la forma en que fue decidido.⁵⁷⁵

⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 91.

⁵⁷² *Ibidem*, pp. 149-150.

⁵⁷³ *Cfr. Ibidem*, p. 147.

⁵⁷⁴ *Cfr. Ibidem*, p. 177.

⁵⁷⁵ *Cfr. Ross, Alf, Sobre el Derecho..., cit.*, p. 188.

La intención por centrar la decisión judicial a partir de los efectos sociales o ideológicos que pueda tener, se le ha asociado con el pragmatismo, como se aprecia con Dworkin, para quien el pragmatismo jurídico refiere a una teoría de la aplicación del Derecho, que sostiene que los jueces siempre deben decidir los casos con la vista puesta en el futuro, al modo consecuencialista.⁵⁷⁶ Así, el argumento pragmático consistirá en estimar una acción, evento o regla, en términos de sus consecuencias favorables o desfavorables.⁵⁷⁷ Dicho argumento para Stephen Toulmin presenta el problema de que no es posible medir el valor de la verdad sólo por lo afortunado y exitoso de las consecuencias, y así, el procedimiento de transformar los fines conlleva una tendencia a depreciar o devaluar los valores, al grado de que se equipararía la moralidad como una técnica si sólo se le hace depender de las consecuencias.⁵⁷⁸

Para Dworkin el pragmatismo no proporciona explicación alguna acerca de la práctica judicial, aunado a que si bien recuerda que es bueno que cuando hagamos o decidamos algo estemos tan informados como sea posible y tengamos un ojo en las consecuencias, sin embargo, dicho autor señala que la postura a la cual se adscriben los Realistas Jurídicos Norteamericanos, no parece tomar los derechos legales en serio, en tanto que sólo se les ve como los sirvientes del mejor futuro, o instrumentos que construimos para ese propósito y no poseen fuerza o fundamentos independientes.⁵⁷⁹ Incluso, para dicho autor, el pragmatismo ofrece un argumento para pasar por encima de la fidelidad constitucional o ignorar las grandes cuestiones de principio político abstracto que exige la aplicación judicial del Derecho conforme al espíritu de la fidelidad.⁵⁸⁰ Para Dworkin, los jueces cumplen con su deber de ser fieles a la Constitución alcanzando la decisión del caso que se infiere de la mejor interpretación de un principio abstracto de moralidad constitucional.⁵⁸¹

En este tema, se advierte que la alusión a que la decisión judicial tenga como punto de partida el sentido de la justicia del juez, de ninguna manera se

⁵⁷⁶ Cfr. Dworkin, Ronald, *La Justicia...*, cit., pp. 31-32.

⁵⁷⁷ Cfr. Perelman, Chaïm, *The Idea of Justice...*, cit., p. 196.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, pp. 198-199.

⁵⁷⁹ Cfr. Dworkin, Ronald, *El imperio...*, cit., p. 121.

⁵⁸⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 154.

⁵⁸¹ Cfr. *Ibidem*, p. 156.

vincula con un desacato a la fidelidad constitucional, en tanto que las ideologías se tienen que circunscribir a un marco Constitucional determinado. Tampoco implica arbitrariedad, ni equiparar el razonamiento jurídico con una “inversión del silogismo jurídico” para ajustar las premisas a la conclusión, ya que no es posible forzar los argumentos a emplear, por encima del propio sistema jurídico.⁵⁸²

Un cuestionamiento adicional a Dworkin radica en que no es convincente en torno a por qué los Realistas no brindan explicación alguna acerca de la práctica judicial. La falta de estudios empíricos que demuestren que el juez se guía bajo una ideología para solucionar un caso, de ninguna manera es motivo suficiente para desestimar la postura del comportamiento estratégico del juzgador. Simplemente, es un esquema adicional que permite aproximarnos a la posibilidad de que un juez guiado por su ideología busque llegar a un resultado deseado. De hecho, se requerirían mayores estudios empíricos que permitan demostrar en qué supuestos, qué materias y bajo qué condiciones se favorece el comportamiento estratégico del juzgador. Al menos intuitivamente en la práctica jurídica cotidiana parecería que el comportamiento estratégico y la búsqueda de la sentencia deseada se presenta con una frecuencia mayor de la que se podría esperar.

Igualmente se podría desvirtuar la postura de Atienza, quien asume que Kennedy muestra una actitud de pérdida de fe en la racionalidad y pone el acento en lo idiosincrático y lo subjetivo, que lo sitúa en la perspectiva personal del juez, con la renuncia a la formulación de criterios generales que pudieran guiar la conducta de los jueces, aspecto que se vincula con una cuestión de poder que ocultan los jueces y les permite perseguir sus intereses imponiéndose al criterio mayoritario expresado en las leyes.⁵⁸³ No se comparte la opinión de Atienza, ya que Kennedy no pretende prescindir del elemento racional del Derecho, en tanto que alude a la necesidad de emplear el razonamiento, las normas y los principios jurídicos, así como la justificación de la decisión, los cuales impedirán que el juez llegue a la sentencia deseada.

⁵⁸² Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial...*, cit., pp. 178-181.

⁵⁸³ Cfr. Atienza, Manuel, *El Derecho...*, cit., pp. 119-120.

Así, la visión que ofrece Kennedy es un redimensionamiento de cómo se ve reflejada la ideología en la decisión judicial, con un énfasis específico en el actuar del juzgador, lo cual puede motivar otras investigaciones que tengan por objeto identificar las condiciones que favorecen la búsqueda de la sentencia deseada. Por ahora, la referencia teórica a Kennedy es un punto de partida para redimensionar el tema de la crítica a la neutralidad judicial, la identificación de restricciones adicionales al actuar del juzgador y la manera en que dichas restricciones pueden dar un enfoque particular para orientar el actuar del juzgador a fin de proveer de mejor sentido sus sentencias.

C. Interrelación entre el polo objetivo y subjetivo en la decisión judicial

El tema de la influencia que la ideología del juzgador tiene en la decisión judicial y al comportamiento estratégico del juzgador, conduce a explorar la interrelación existente entre un polo objetivo de la decisión judicial, integrado por las fuentes del Derecho y del razonamiento jurídico, y un polo subjetivo, que lo integraría el juzgador y su ideología.

Al efecto, Duncan Kennedy pretende partir de la aproximación fenomenológica de Edmund Husserl para explorar la interrelación entre el polo subjetivo y objetivo en la decisión judicial.⁵⁸⁴ Con una metáfora, Kennedy explica cómo actúa la restricción de la ley (como medio físico) frente a los proyectos del juez, y en donde la ley le impide “hacer lo que quiera”.⁵⁸⁵ Para dicho autor, la “subjetividad del juez” por sí misma es insuficiente para resolver un caso si ésta no se encuentra apoyada en las normas y principios jurídicos. El realzar el elemento subjetivo del juez es determinar cómo influye en el manejo de las fuentes del Derecho o material jurídico como lo denomina Kennedy, y a partir de ahí determinar si éstos son suficientes para “obstaculizar” las intenciones del juez.⁵⁸⁶

⁵⁸⁴ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial...*, cit., p. 93.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, pp. 120-121.

⁵⁸⁶ Cfr. Kennedy, Duncan, “Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen”, *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, trad. de Imer B. Flores y Roberto Vidal Sánchez, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 2, 2008, pp. 385.

Bajo el llamado “polo subjetivo” de la decisión judicial, considerado el polo reprimido en la jerarquía conceptual, se busca explorar la incidencia en las decisiones judiciales de factores distintos de la aplicación deductiva de las normas, como los intereses de los grupos afectados por dichas decisiones y las preferencias ideológicas de los jueces, lo cual en sí representa una inversión de la jerarquía conceptual que subraya la presencia del polo tradicionalmente reprimido (el subjetivo), con lo cual se liberan concepciones alternativas de la adjudicación negadas por el canon dominante.⁵⁸⁷ Lo anterior exhorta a considerar la pertinencia de reforzar el carácter razonable del juzgador para proveer de mejor sentido las sentencias, en tanto que al parecer la ideología del juzgador y la manera en que se enfrenta al razonamiento y normas jurídicas pueden desempeñar un rol (por mínimo que sea) al momento de decidir una controversia.

Frente al “polo subjetivo” se ubican las posibles restricciones de la libertad del juzgador que le impiden materializar su ideología en la decisión judicial. Así, las nociones de libertad y restricción en la decisión judicial, a que alude Duncan Kennedy, son significativas para identificar otros aspectos tendientes a orientar el actuar del juzgador.

Es posible enmarcar la libertad bajo un conjunto de intenciones, un proyecto vital del juzgador, que tratarán de orientar al juzgador entre las muchas posibles actitudes a seguir en el trabajo de la argumentación jurídica.⁵⁸⁸ Dicha libertad ha de ubicarse como existente en un universo legalizado.⁵⁸⁹

Bajo una formulación distinta, al parecer este esquema de libertad parecería estar presente con Jerzy Wróblewsky, quien afirmaba que si bien la decisión debe ser legal, que supone la aplicación de leyes (o el Derecho) en vigor, sin embargo, también señalaba que las valoraciones jugaban un papel en la determinación del contenido de la decisión final, y en donde en la práctica no se puede eliminar la actividad valorativa del juzgador.⁵⁹⁰ Dicha postura coincidiría hasta cierto punto con aquella de Kennedy, para quien aunque la actividad del juzgador se circunscribe al

⁵⁸⁷ Cfr. Rodríguez, César, *op. cit.*, p. 54.

⁵⁸⁸ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial...*, *cit.*, p. 104.

⁵⁸⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 95-97.

⁵⁹⁰ Cfr. Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho...*, *cit.*, pp. 82-83.

Derecho vigente, que fungiría como un límite o una restricción, se aprecia igualmente cierto margen de valoración del juzgador. La diferencia radicaría en que Kennedy explicita la manera en que se hace presente esa libertad en la decisión judicial para buscar alcanzar una sentencia deseada.

En general, la esfera de acción de la libertad a que alude Duncan Kennedy, invita a considerar cuatro elementos en la decisión judicial, a saber: 1) Los presupuestos que implica el proyecto vital del juez; 2) El cuerpo de material jurídico (fuentes del Derecho) y de hechos que rodean el caso; 3) La manera en cómo se capta el material jurídico y los hechos al iniciarse el proceso y 4) El trabajo que el juez haya realizado con el material y los hechos.⁵⁹¹ Así, la decisión judicial además de considerar los hechos, normas y principios jurídicos del caso, requiere aludir marginalmente al proyecto vital del juez y al trabajo jurídico.

La anterior referencia a la libertad del juzgador, no debe confundirse con la arbitrariedad, que supone que el juez consciente y deliberadamente decide a su arbitrio, o en su caso, pretende emitir su decisión al margen de la ley y en nombre de algún valor o principio de “contenido variable”, sin que la ley sirva de pauta común y límite infranqueable.⁵⁹² Si bien, la libertad del juzgador se encuentra limitada por las normas, principios y razonamiento jurídicos, lo que sí puede hacer es tratar de cambiar la manera en cómo percibe el campo jurídico sobre el cual intentará buscar la sentencia deseada.⁵⁹³ Aunque el juez pretenda imponer su sentido de la justicia, las fuentes del Derecho y el razonamiento jurídico constituirán una restricción para evitar que el juez decida lo que quiera.

La particularidad que ofrece Kennedy es ilustrar el enfrentamiento del juzgador entre la estructura del caso, las fuentes del Derecho, el razonamiento jurídico, su ideología y sentido de justicia. De esta manera, el ámbito de la libertad,

⁵⁹¹ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial...*, cit., pp. 212-213.

⁵⁹² Cfr. García Amado, José Antonio, “¿Ductibilidad del derecho o exaltación del juez?”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 3, Diciembre 1997, p. 29.

⁵⁹³ Cfr. Kennedy, Duncan, “Thoughts on coherence, social values and national tradition in Private Law”, en Hesselink, Martijn W. (ed.), *The Politics of a European Civil Code*, Amsterdam, Kluwer Law International, 2006, p. 14. <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Thoughts%20on%20Coherence,%20Social%20Values%20and%20National%20Tradition%20in%20Private%20Law.pdf>

no sólo se circunscribe a los proyectos vitales del juez, sino que incide en el trabajo a realizar en el proceso argumentativo.

Por lo que concierne a la restricción, ésta representa la resistencia a un intento de hacer que los materiales jurídicos (fuentes del Derecho) signifiquen algo en particular.⁵⁹⁴ Así, no es que el juzgador desee un resultado y éste pueda materializarse automáticamente en la sentencia, ya que es preciso emplear el razonamiento jurídico y sustentar la decisión con normas y principios jurídicos. Por ello no se sigue la crítica de García Amado respecto a que las posturas escépticas sostienen que los móviles del juzgador no son domesticables ni con métodos ni con argumentos y que el juez usará esos métodos o argumentos a su entera conveniencia,⁵⁹⁵ ya que la libertad del juzgador no es ilimitada, ni puede hacer lo que quiera, por el contrario, la libertad del juzgador se encuentra restringida por el razonamiento jurídico, normas y principios jurídicos.

Lo expuesto permite entrever que el juez posee una esfera de libertad -que le permite adscribirse a una ideología, captar los hechos, normas y principios jurídicos aplicables al caso, y realizar un trabajo jurídico para intentar llegar a la sentencia deseada-, y una esfera de restricción -integrada por el material jurídico (fuentes del Derecho) y el razonamiento jurídico-, que le impedirán llegar a la sentencia deseada. Aunque no compartimos que Kennedy siga íntegramente a la fenomenología de Edmund Husserl,⁵⁹⁶ es significativa su aportación para sensibilizar sobre la dinámica de la aplicación del Derecho e identificar elementos adicionales en los cuales se manifiesta la libertad y la restricción del juez, que a su vez permitan encauzar su actuar para proveer de mejor sentido su decisión.

⁵⁹⁴ Cfr. Kennedy, Duncan, "Strategizing Strategic Behavior...", *cit.*, p. 789.

⁵⁹⁵ Cfr. García Amado, José Antonio, *Razonamiento Jurídico y Argumentación...*, *cit.*, p. 90.

⁵⁹⁶ Acerca de la fenomenología, Véase Husserl, Edmund, *Investigaciones Lógicas*, trad. de Manuel G. Morente y José Gaos, Madrid, Rev. de Occidente, 1967, pp. 67-75; San Martín, Javier, *La Fenomenología de Husserl como utopía de la Razón*, Barcelona, Editorial Anthropos, 1987, pp. 42-43; Ferrer Santos, Urbano, *La trayectoria fenomenológica de Husserl*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2008, pp. 230-236. En otro lugar se ha abodado el empleo de la fenomenología de Duncan Kennedy y los puntos en los que dicho autor se aparta de tal postura. Al efecto, Véase Tovar Silva, Yvonne Georgina, *El desarrollo de estrategias argumentativas en la perspectiva crítica de Duncan Kennedy*, Tesis para obtener el grado de Maestría en Derecho, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pp. 58-76, 118-181.

D. Desarrollo de las estrategias argumentativas

Duncan Kennedy supone que los jueces resuelven problemas interpretativos a través de una forma de trabajo consistente en reformular alguna parte de la estructura de las normas jurídicas (frente a una determinada laguna, conflicto o ambigüedad en esta estructura), y luego desplegar un repertorio de argumentos jurídicos para justificar sus soluciones.⁵⁹⁷

El desarrollo de las estrategias argumentativas, se ubica inicialmente con el propósito de realizar un ataque frontal a la ley, en tanto ésta se oponga al proyecto del juez y que se estima que lo mejor sería “cambiarla”, pues dicha norma legal es una anomalía.⁵⁹⁸ Posterior a ello tiene lugar la apreciación del material jurídico (fuentes del Derecho) desde la perspectiva del juez que interpretará y aplicará el Derecho, con la que buscará la conformación del campo jurídico, esto es, la estructura del conjunto de hechos, normas jurídicas, precedentes y argumentos de conveniencia pública que parecen aplicarse al caso concreto y que pueden ejercer cierta presión sobre el juez.⁵⁹⁹ Acto seguido, se procederá a apreciar el campo jurídico –para cambiar la percepción de la primera impresión de la ley y determinar la manera en la cual la ley se torna un medio a través del cual uno lucha por un proyecto-⁶⁰⁰ la transformación del caso, cuando sea procedente,⁶⁰¹ la articulación de las fuentes del Derecho, mediante el trabajo jurídico,⁶⁰² el cual se concibe como “una transformación de una aprehensión inicial de lo que los materiales jurídicos que componen al sistema requieren, por un actor que persigue una meta o una visión de lo que deberían requerir”,⁶⁰³ así como la reconfiguración del campo jurídico, de suerte que la solución represente un reflejo de una necesidad jurídica y sea posible convencer a la audiencia de la decisión.⁶⁰⁴

⁵⁹⁷ Cfr. Kennedy, Duncan, “El comportamiento estratégico...”, *cit.*, p. 29.

⁵⁹⁸ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial...*, *cit.*, pp. 96-107.

⁵⁹⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 186-200.

⁶⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 107-120; 157-167.

⁶⁰¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 117-119; 170-173; 192-207.

⁶⁰² Cfr. *Ibidem*, pp. 136-142.

⁶⁰³ Kennedy, Duncan, “Una Alternativa de la Izquierda Fenomenológica...”, *cit.*, p. 370.

⁶⁰⁴ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial...*, *cit.*, p. 169.

Si bien, los pasos aludidos en la obra *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, en estricto rigor no refieren a criterios de corrección, ni a un discurso justificativo, como critica Atienza,⁶⁰⁵ y que el razonamiento finalista no juega un papel decisivo en la justificación jurídica, ni puede ser llamado un modelo genuino de razonamiento jurídico,⁶⁰⁶ la postura de Kennedy invita a reflexionar sobre el actuar del juzgador que desea llegar a una sentencia deseada bajo un esquema de libertad y la restricción en la decisión judicial. A partir de lo anterior, es posible abrir líneas de investigación que detallen los elementos a considerar dentro de la esfera de libertad y restricción del juzgador, susceptibles de brindar un marco general de aquellos factores que inciden en la sentencia.

Si bien, Duncan Kennedy centra su estudio del comportamiento estratégico en la interpretación judicial, así como de libertad y restricción judicial a partir de la norma jurídica que puede resolver el caso, se estima que existen otros aspectos que igualmente inciden en la decisión judicial, entre los que destaca la relación del juzgador con los otros sujetos procesales, en los términos que se abordarán en el siguiente Capítulo.

Para efectos de la presente investigación se estima que las reglas de la pragma-dialéctica pueden restringir el actuar del juzgador, en atención a las especificaciones acerca de la fijación del punto de partida, la argumentación bajo una estructura idónea, así como el debido respeto que se brinde a las partes en juicio, así como la debida valoración de sus actuaciones procesales.

Previo a dicho estudio, se estima conveniente aludir a las situaciones que inciden en la búsqueda de la sentencia deseada, así como a las posturas hasta ahora adoptadas en torno a la ideología en la decisión judicial, que en conjunto exhortan a buscar vías adicionales para analizar y evaluar los alcances del actuar del juzgador, y a partir de ello explorar otros criterios que coadyuven a que el juez provea de mejor sentido sus sentencias.

⁶⁰⁵ Cfr. Atienza, Manuel, *El Derecho...*, cit., pp. 120-123.

⁶⁰⁶ Cfr. Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable...*, cit., p. 181.

V. FACTORES QUE INCIDEN EN LA BÚSQUEDA DE LA SENTENCIA DESEADA A PARTIR DE UN PROYECTO IDEOLÓGICO

En el apartado anterior, bajo el enfoque de la crítica jurídica interna de Duncan Kennedy, se ha referido a la postura del juzgador que busca llegar a una sentencia deseada a partir de un proyecto ideológico, en un marco de libertad y restricción.

Dicha temática es un referente teórico para indagar la posibilidad de que con las reglas críticas de la pragma-dialéctica se incorporen restricciones adicionales al actuar del juzgador. Previo a realizar dicha indagación, resulta conveniente ubicar tres aspectos que favorecen la incidencia de la ideología en la decisión judicial y que son: 1) la discrecionalidad; 2) la generalidad y abstracción de las normas y principios jurídicos, y 3) la diversidad de métodos para la interpretación y aplicación del Derecho. Si bien dichos temas requerirían una investigación pormenorizada, por el momento sólo se procederá a su enunciación, para apuntar a la pertinencia de reforzar los criterios de razonabilidad del juzgador, de manera que a pesar de que tales situaciones puedan presentarse al momento de resolver una controversia, se tenga la confianza de que el juez no actuará arbitrariamente.

1. *El comportamiento estratégico ante la discrecionalidad*

Un primer acercamiento a la discrecionalidad supone el desconocimiento de si un acto, real o meramente posible, de un destinatario es contrario al enunciado descriptivo de un orden jurídico, lo cual se puede presentar por conocimiento de la irrelevancia, por indeterminación respecto a la realización del supuesto de hecho, la discrecionalidad en sentido propio o por indeterminación en la realización de la consecuencia.⁶⁰⁷

Para H. L. A. Hart, la discrecionalidad en lo general es “la capacidad de discernir o distinguir qué es lo que debe hacerse en diversos campos”.⁶⁰⁸ En el Derecho, el ejercicio de la discrecionalidad supone su uso por funcionarios que

⁶⁰⁷ Cfr. Hernández Marín, Rafael, *op. cit.*, pp. 256-264.

⁶⁰⁸ Hart, H. L. A., “Discrecionalidad”, trad. de Juan Ramón de Páramo, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, núm. 37, 2014, p. 90.

ocupan un cargo de responsabilidad pública, a quienes se les deja un margen de elección, bajo el cual elegirán responsablemente en atención a su cargo y no se dejarán llevar por sus preferencias o por el puro capricho.⁶⁰⁹

Para ubicar el fenómeno de la discrecionalidad, se parte de que en algún punto de la aplicación de las reglas jurídicas, se presentarán pautas que resultarán ser indeterminadas.⁶¹⁰ Lo anterior conduce a la textura abierta del Derecho, que significa que existen “áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso”.⁶¹¹

En la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas. En este esquema, todo sistema jurídico posee un campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas, inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes o desarrollando y acondicionando las reglas que han sido comunicadas de forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad.⁶¹² Así, el intérprete tendrá tanta autonomía cuanto mayor sea el grado de indeterminación –siempre existente– del lenguaje normativo.⁶¹³ Para Hart, a la espera del desarrollo de reglas, la discrecionalidad ocupará su lugar, que supone un campo en el que hombres honestos y razonables pueden discrepar, independientemente de la información que tengan de los hechos relativos a los casos concretos. Ante lo inevitable de la discrecionalidad, lo más importante es identificar cuáles son las condiciones óptimas para su ejercicio y generar las mejores condiciones para adoptar una decisión.⁶¹⁴

⁶⁰⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 90-92.

⁶¹⁰ Cfr. Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, 2a. ed., trad. de Genero R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, pp. 159-167.

⁶¹¹ *Ibidem*, p. 168.

⁶¹² Cfr. *Ibidem*, p. 169.

⁶¹³ Cfr. Saavedra, Modesto, *op. cit.*, p. 181.

⁶¹⁴ Cfr. Hart, H. L. A., “Discrecionalidad”..., *cit.*, p. 97.

De lo expuesto se advierte que si bien los jueces adquieren un rol creador del Derecho al ejercer la discrecionalidad, dicha creación no puede estar sujeta a su arbitrio. La particularidad en Hart es que la discrecionalidad estaría fijada por las propias reglas, que a través de su lenguaje, determinan las facultades del juzgador para actuar.

En el Estado Constitucional de Derecho, Luis Prieto Sanchís señala que los principios constitucionales limitan la discrecionalidad en tanto que suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento que, de no existir, tendrían que ser creados por los jueces; y, segundo, porque requieren o se identifican con un género de razonamiento mucho más complejo que el tradicional de la subsunción.⁶¹⁵ Para dicho autor, el juez del constitucionalismo matiza el modelo del juez parcialmente discrecional propuesto por el positivismo de Kelsen o Hart, en tanto que éste último es una figura moral y políticamente responsable en la medida en que, dentro del marco más o menos amplio de discrecionalidad, su decisión responde a sus propios criterios de justicia o moralidad, y en donde al juez le corresponde reproducir las condiciones de racionalidad intersubjetiva.⁶¹⁶

Hasta este punto, la discrecionalidad nuevamente se centraría en la propia naturaleza de las normas jurídicas, y en cierto sentido es independiente de las percepciones del juzgador, o en general de cualquier operador jurídico. En este tema, Duncan Kennedy proporciona una noción distinta de la discrecionalidad, en donde además de estar implícita la creación del Derecho por el juzgador, las percepciones e intenciones de éste tienen una participación activa en enmarcar cuándo un caso se ubica en una zona de penumbra o de discrecionalidad.

Kennedy cuestiona la postura de Hart y Kelsen de que exista un esquema de acuerdo al cual cada caso está localizado, ya sea en un área de determinación o en una penumbra o marco. Por el contrario, antes de que el análisis comience, el intérprete enmarca explícita o implícitamente la situación como una en la cual hay un conflicto o una laguna que lo exime del deber elemental de aplicar una norma

⁶¹⁵ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo...*, cit., p. 43.

⁶¹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 48.

clara cuando los hechos encuadran claramente dentro de sus definiciones. Así, el intérprete trabaja para crear o deshacer una determinación, en lugar de registrarla o experimentarla como algo dado por la situación.⁶¹⁷

En este tema, Kennedy identifica tres tipos de comportamiento estratégico en la interpretación, a saber: 1) Tratar de encontrar los argumentos jurídicos que producirán el efecto de necesidad jurídica para un resultado distinto del inicialmente requerido como auto-evidente; 2) tratar de hacer pasar lo que parecía una decisión judicial discrecional auto-evidente (una en la penumbra o dentro del marco) como una en la que hay un resultado particular que es requerida por los materiales; 3) tratar de desplazar un resultado jurídico requerido inicialmente como auto-evidente con la percepción de la situación como una en la cual el juzgador está obligado a escoger entre alternativas jurídicamente permisibles.⁶¹⁸

Igualmente, para Kennedy la determinación o indeterminación de la norma se produce por la contingente interacción del tiempo, estrategia y habilidad del intérprete y la naturaleza “esencial” de la regla en un contexto fáctico dado, y en donde los intereses son significativos para determinar cuánto trabajo hay que realizar. Así, los materiales jurídicos son indeterminados cuando se desestabilicen las aprehensiones iniciales con el trabajo jurídico, en tanto que la determinación se presentará cuando no sea posible realizar la desestabilización.⁶¹⁹

La referencia a Kennedy, permite advertir que el juzgador desempeña un papel fundamental al momento de determinar si un caso se encuentra en el área de penumbra o no, lo cual supondría que la discrecionalidad no puede catalogarse como tal solamente en atención a las normas jurídicas o al lenguaje jurídico, ya que tal carácter discrecional se asumirá a partir del trabajo jurídico que realiza el juzgador para tratar de llegar a una sentencia deseada. Dicha aproximación reitera el redimensionamiento del papel activo que el juzgador puede desempeñar en la labor jurisdiccional.

⁶¹⁷ Cfr. Kennedy, Duncan, “Una Alternativa de la Izquierda Fenomenológica...”, *cit.*, pp. 368-371.

⁶¹⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 371-372.

⁶¹⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 373-382.

2. La presencia ideológica en normas y principios jurídicos

A. Acuerdos de intereses en el contenido normativo

Aunque es indiscutible la estructura⁶²⁰ y las propiedades sobresalientes de las normas generales,⁶²¹ es preciso identificar un punto que puede favorecer la presencia ideológica del juzgador, y que se vincula con el contenido normativo.

Al efecto, Brian Z. Tamanaha refiere que los derechos individuales, además de la preocupación por contenerlos en la Constitución y en la legislación, se relacionan con el poder que se da a los jueces, en el entendido de que los derechos no se aplican por sí solos, sino que alguien debe decir qué significan dichos derechos en contextos de aplicación específicos e identificar los límites que imponen al poder de hacer leyes.⁶²² Para dicho autor, la adjudicación de autoridad no provocaría ninguna preocupación si el contenido y las implicaciones de los derechos fueran claros inmediatamente, lo cual no suele ser el caso, en tanto que el significado escueto y la intención original apuntan en direcciones diferentes.⁶²³

Es en relación con el contenido donde el juzgador podrá atribuir significados diferentes en función de su ideología o incluso, podría ser un indicativo de lo que Rafael de Asís ubica como una posible tensión entre el Poder Judicial y los derechos, que supone la existencia de una posible violación de esos contenidos por parte del órgano encargado de hacerlos respetar, problema ante el cual dicho autor alude a cuatro soluciones posibles: establecer otro órgano de control en relación con el cual se reproducen los problemas; dotar al nuevo órgano de ciertas características en lo referente a su justificación; el considerar que la decisión valga por el órgano competente, y la idea de la institucionalización.⁶²⁴ Sin embargo, se

⁶²⁰ Respecto de la estructura de la norma jurídica, Véase Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, 4a. ed., trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Ediciones Coyoacán, 2012, pp. 62-70; Kelsen, Hans y Klug, Ulrich, *Normas Jurídicas y Análisis Lógico*, trad. de Juan Carlos Gardella, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 36; Kelsen, Hans, *Teoría General de las Normas*, trad. de Hugo Carlos Delory Jacobs, México, Trillas, 1994, pp. 45-46.

⁶²¹ En torno a las propiedades sobresalientes de las normas, Véase Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho...*, cit., p. 106.

⁶²² Cfr. Tamanaha, Brian Z., *op. cit.*, p. 221.

⁶²³ Cfr. *Ibidem*, pp. 222-223.

⁶²⁴ Cfr. De Asís, Rafael, *Una aproximación a los modelos...*, cit., pp. 110-111.

estima que no se trata de crear órganos que supervisen el actuar del juzgador, en donde incluso, en ocasiones la historia ha sido testigo de los inconvenientes que semejantes órganos pueden generar en la división de poderes.⁶²⁵ Se trata por el contrario, de mejorar las condiciones de razonabilidad con que se conduce el juzgador al emitir su decisión.

Para mostrar la manera en que se pueden oponer las normas jurídicas bajo distinta ideología, Duncan Kennedy sitúa el contenido de las normas como piezas en amplios acuerdos de intereses,⁶²⁶ y en donde por ejemplo podrían colisionar el individualismo y altruismo en una disputa práctica y moral, lo cual advierte la naturaleza y la interconexión de los diferentes modos retóricos que se encuentran en las opiniones, artículos y tratados de Derecho Privado.⁶²⁷

Otro tema que se desprende de las dificultades de aplicar la norma jurídica, se ubica en lo que el Realismo Jurídico Norteamericano y los *CLS* identifican como los pares opuestos. Para Kennedy, es posible analizar la argumentación a partir de piezas de argumentos de pares opuestos (ejemplo *rebus sic tantibus* y *pacta sunt servanda*), el cual conlleva un procedimiento de identificar las piezas de argumentos más comunes; buscar la generación de pares y ubicarlos o agruparlos en secuencias dialécticas; identificar los principales agrupamientos e indagar las consecuencias de argumentar a favor o en contra de una resolución en particular, a partir de una laguna, conflicto normativo o ambigüedad.⁶²⁸ Lo anterior refleja que no bastan por sí mismas las normas para decidir un caso concreto, sino que es preciso considerar cuáles son los valores que ha querido reconocer el legislador, y si en su

⁶²⁵ A manera de ejemplo, se podría referir a las dificultades que representó el Supremo Poder Conservador. Sobre el particular, Véase Noriega Cantú, Alfonso, "Supremo Poder Conservador", *Revista de la Facultad de Derecho*, México, t. XXVIII, núm. 111, Septiembre-Diciembre 1978.

⁶²⁶ Cfr. Kennedy, Duncan, "Legal Formality", *The Journal of Legal Education*, Chicago, vol. 2, núm. 2, Junio 1973, p. 383. <http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Legal%20Formality.pdf>

⁶²⁷ Cfr. Kennedy, Duncan, "Forma y sustancia en la adjudicación del Derecho Privado", en: García Villegas, Mauricio, (ed.), *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001, pp. 163-180. <http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Forma%20y%20Sustancia%20en%20la%20Adjudicaci%3n%20de%20Derecho%20Privado.pdf>.

⁶²⁸ Cfr. Kennedy, Duncan, "A Semiotics of Legal Argument", *Cardozo Law Review*, Nueva York, vol. 22, núm. 3-4, Marzo 2001, pp. 324-325. <http://www.duncankennedy.net/documents/A%20Semiotics%20of%20Critique.pdf>.

caso, subyacen ideologías opuestas y cuáles son sus alcances, en cuyo caso se aprecia que el juzgador desempeña un rol significativo al elegir el valor a privilegiar.

Un ámbito adicional de valoración dentro de los textos jurídicos se ubica cuando se utilizan términos valorativos y cláusulas generales, que dirigirán al juez en sus elecciones y justificarán sus decisiones. Para Wróblewsky, el empleo de directivas de la interpretación judicial exige de valoraciones, sobre todo si el Derecho en vigor no impone la utilización de directivas determinadas, supuesto en el cual el juez es quien debe elegir las, decidir cómo servirse de ellas y si las directivas interpretativas pueden regular la interpretación de forma valorativa.⁶²⁹

En este tenor, el contenido de las normas jurídicas puede dar lugar a una dirección ideológica del juzgador, la cual se podría explicitar si la elección de la norma jurídica (y su valoración) se considera en relación con otras normas. En este punto, Kennedy propone un análisis de la elección ideológica que supone cuatro pasos, a saber: 1) Imaginar el rango en que otras normas pueden aplicarse a la situación; 2) Preguntar por qué una elección particular fue hecha entre todas las posibilidades; 3) Identificar la norma como un compromiso entre los fines que reflejan un conflicto de las consideraciones que establece la norma; 4) Determinar si el compromiso es sensible o por qué fue hecho en determinado sentido.⁶³⁰

De lo expuesto se desprende que el contenido de las normas jurídicas a aplicar y la atribución de su significado ofrecen una posibilidad para que el juez despliegue sus estrategias argumentativas para llegar a la sentencia deseada. Al referir al contenido de las normas, sería conveniente retomar temas como la argumentación jurídica en sede legislativa⁶³¹ que puede contribuir a mantener una buena legislación elaborada bajo cánones de racionalidad teórica definidos, lo cual facilitaría la labor argumentativa de la jurisdicción, de donde resultaría que ambas funciones de producción normativa podrían verse como recíprocamente

⁶²⁹ Cfr. Wróblewsky, Jerzy, *Sentido y hecho...*, cit., pp. 67-71.

⁶³⁰ Cfr. Kennedy, Duncan, "From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's 'Consideration and Form'", *Columbia Law Review*, Nueva York, vol. 100, núm. 1, Enero 2000, p. 105. <http://duncankennedy.net/documents/From%20the%20Will%20Theory%20to%20the%20Principle%20of%20Private%20Autonomy.pdf>.

⁶³¹ En torno a la argumentación jurídica en sede legislativa, Véase Atienza, Manuel, *Contribución a una Teoría de la Legislación*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 88-99.

complementarias.⁶³² Adicionalmente se requeriría indagar si el juez ha llevado a cabo una adecuada argumentación y ha considerado debidamente a las partes que participan en el discurso jurídico, temas que se explorarán en el siguiente Capítulo.

B. Valoración a partir de los principios jurídicos

Dentro de las fuentes del Derecho que el juez empleará para decidir un caso, se encuentran los principios jurídicos, entendidos como un “estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”,⁶³³ y que se distinguirían de las directrices o directrices políticas que corresponden a un “tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad.”⁶³⁴

Ciertamente, como lo indica Carlos de Cabo Martín, el juez no resuelve exclusivamente aplicando la ley y, por tanto, con el estricto sometimiento a ella, sino que su función implica apelar a otros valores y supuestos que le permiten resolver no sólo con arreglo a Derecho, sino básicamente en equidad, lo que permite un margen de libertad y una cierta flexibilidad en la aplicación de la norma que se pone al servicio del objetivo prevalente de defensa de los derechos.⁶³⁵ Aunque excede de los alcances de la presente investigación enunciar las diferencias entre los principios y las normas jurídicas,⁶³⁶ es posible advertir la manera en que los principios pueden favorecer el empleo de estrategias argumentativas en aras de llegar a la sentencia deseada.

El seguimiento de los principios puede vincularse con un escepticismo axiológico, basado en la idea de que los juicios morales, políticos y estéticos dependen en gran medida de emociones, sentimientos y gustos, los cuales no están

⁶³² Cfr. Suárez Romero, Miguel Ángel, “Estado Constitucional...”, *cit.*, p. 159.

⁶³³ Dworkin, Ronald, *Los derechos...*, *cit.*, p. 72.

⁶³⁴ *Ibid.*

⁶³⁵ Cfr. De Cabo Martín, Carlos, *op. cit.*, p. 25.

⁶³⁶ En torno a la diferencia entre las normas y principios, Véase Dworkin, Ronald, *Los derechos...*, *cit.*, pp. 74-80.

sujetos a control racional, y por consiguiente no son susceptibles de ser verdaderos o falsos, sin que ello implique que no haya posibilidad de discusión racional en la moral, lo cual se puede lograr sobre la base de determinados consensos valorativos.⁶³⁷ Incluso, Kelsen aludía a la justicia como juicio subjetivo de valor, un ideal irracional, en tanto que las necesidades humanas a ser satisfechas, que conduzcan a la felicidad, así como la ausencia de un orden jerárquico que les corresponde, no pueden ser resueltas por medio de un conocimiento racional, y así en la perspectiva de Kelsen, la solución a los mismos, implica un juicio de valor determinado por factores emocionales, lo cual tiene un carácter subjetivo válido únicamente para el sujeto que juzga y relativo sólo a él.⁶³⁸

Más aún, bajo el pensamiento kelseniano, la referencia a la moral es en cierta forma debatible, ya que requeriría una revisión los valores asumidos por la moralidad, para lo cual se necesita tener conocimiento de las condiciones y circunstancias en las que aquellos surgieron, se desarrollaron y se modificaron, a fin de determinar por qué se asume como “bueno” o “malo” un comportamiento.⁶³⁹ Merecería un tema aparte indagar sobre los juicios morales, políticos y estéticos, su surgimiento e incidencia en el Derecho, así como su posible vinculación con el ámbito emocional, sentimental o de gustos, lo cual ameritaría un control de los mismos, a fin de que no afecten la práctica jurídica cotidiana.

Aunado a la problemática que supone comprender los alcances de los principios, se tendrían que agregar las dificultades que subyacen cuando se intenta ponderar o balancear los principios. Pese a que existen criterios aparentemente definidos para proceder en la ponderación,⁶⁴⁰ se advierte una serie de críticas sobre

⁶³⁷ Cfr. Mendonca, Daniel, *Compendio de una teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 37-39.

⁶³⁸ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, Imprenta Universitaria, 1949, p. 14.

⁶³⁹ Sobre al cuestionamiento y redimensionamiento de la moralidad, Véase Nietzsche, Friedrich, *Genealogía de la Moral*, 3a. ed., trad. de Roberto Mares, México, Editorial Tomo, 2005, pp. 21-63; Nietzsche, Friedrich, *Más allá del bien y del mal*, 4a. ed., trad. de Eduardo Mares, México, Editorial Tomo, 2008, pp. 13-72.

⁶⁴⁰ En Alexy, las etapas de la ponderación son: 1) Establecer el grado de no satisfacción o detrimento del primer principio; 2) La importancia de satisfacer el principio contrario o en contienda; 3) Establecer si la importancia de no satisfacer el principio contrario justifica el detrimento o no satisfacción del primero. Cfr. Alexy, Robert, “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 16, núm. 2, Junio 2003, p. 136.

el principio de proporcionalidad, como lo es la falta de justificación de un análisis de los derechos basado en ventajas y sacrificios, y la falta de certeza existente en la utilización de este principio, lo cual refleja que la utilización del principio de proporcionalidad es algo enormemente valorativo, que implica adoptar puntos de vista, significados y jerarquías de valores cuestionables.⁶⁴¹ Incluso, se reconoce que la teoría del discurso no es una máquina que permita determinar exacta, objetiva y definitivamente el peso de cada derecho, pero muestra que son posibles los argumentos racionales acerca de los derechos. En este punto, pese a que se acepta la posibilidad de aducir argumentos racionales,⁶⁴² aún quedaría la duda en torno a los criterios que adopta el juzgador para determinar la importancia en la satisfacción de un principio, un tema que requeriría una ulterior investigación.

De lo expuesto en el presente inciso, se aprecia que la referencia a la moralidad o ideal de justicia implícitos en los principios, generan cierta desconfianza e incertidumbre en torno a su objetividad, sin que dichos cuestionamientos basten para inhibir el empleo de los principios jurídicos en una decisión. Ante la alegada falta de objetividad, es probable que el juzgador pretenda asignar un contenido ideológico a los principios jurídicos. De cualquier forma, se estima que mientras más margen de interpretación tenga un principio jurídico, será mayor el grado de exigibilidad razonable al juzgador con la finalidad de que pueda solucionar adecuadamente un caso.

C. Argumentos de políticas públicas en la decisión judicial

Un tema que ha sido de particular interés en el pensamiento de Duncan Kennedy, lo ocupan los argumentos de políticas públicas (o directrices, si queremos emplear el término de Dworkin), cuyo contenido deriva de fines políticos, morales, religiosos o de la experiencia. Para dicho autor, ante una laguna, el intérprete tiene que decidir la aplicación de una norma que requiere el empleo de una política

⁶⁴¹ Cfr. De Asís Roig, Rafael, *El Juez...*, cit., p. 112.

⁶⁴² Cfr. Alexy, Robert, "Derecho, Razonamiento Jurídico...", cit., p. 63.

pública, cuya fuerza y el peso variarán de acuerdo a las circunstancias fácticas a las cuales se aplican.⁶⁴³

Kennedy ubica que la sombra de la ideología está presente en este tipo de argumentos, en virtud de que los participantes del discurso saben que siempre hay una posibilidad de que el análisis de las políticas públicas sea anterior a la definición de la situación que se busca resolver y posterior al despliegue de las consideraciones conflictivas, que pueden ser manipulables a través de piezas de argumentos que enmascaren una ideología en particular.⁶⁴⁴

Nuevamente se aprecia la denuncia que realiza Kennedy de la posibilidad de que este tipo de argumentos pretenda encubrir la ideología del juez. Dicha situación nuevamente exhortaría al jurista a realizar una lectura alternativa y exhaustiva de las decisiones judiciales, de manera que más allá de la lectura superficial de la decisión, se determine qué ideología se ha buscado privilegiar e identificar los argumentos que han pretendido ocultar o encubrir esa ideología.

3. *Diversidad de métodos de interpretación y aplicación del Derecho*

Si bien se parte de que la Constitución es la norma jurídica suprema que contiene los criterios formales y materiales de validez de las restantes normas, y por tanto guía la creación y ejecución de todos los niveles de Derecho,⁶⁴⁵ sin embargo, se presenta el problema de que los métodos interpretativos del Derecho, no son vinculantes para el intérprete, quien puede optar por utilizar uno u otro, al no existir un catálogo tasado ni un criterio unívoco que permita distinguir cuándo son utilizados en su función argumentativa o interpretativa.⁶⁴⁶ Así, pese a que dichos métodos establecen los límites a la libertad del juez en la administración de justicia al determinar el área de soluciones justificables, no parece existir un criterio externo que indique cuando se ha de recurrir por ejemplo a la inferencia por analogía o a

⁶⁴³ Cfr. Kennedy, Duncan, "The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality...", *cit.*, pp. 1072-1073.

⁶⁴⁴ Cfr. Kennedy, Duncan, "From the Will Theory...", *cit.*, pp. 105-106.

⁶⁴⁵ Cfr. Barranco Avilés, María del Carmen, *op. cit.*, p. 95.

⁶⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 70-71.

contrario, lo cual ofrece gran amplitud para que el juez llegue al resultado que considera deseable.⁶⁴⁷

Recaséns Siches ya advertía que ningún jurista consiguió elegir, con razones plenamente justificadas, uno de esos métodos como el correcto y repudiar a los demás. Así, pareciera que no ha tenido gran éxito la teorización del método más pertinente o incluso una jerarquización o prioridad de los métodos.⁶⁴⁸ Dicho autor indica que el juez no está ligado a ningún método especial de interpretación ni debe preferir unos métodos sobre otros, sino que lo que debe hacer es usar en cada caso el método que le lleve a la interpretación más justa para el problema concreto que tiene ante sí, que se vincula con el logos de lo humano.⁶⁴⁹

Al efecto, Kennedy refiere a tres métodos: el conceptualismo –basado en inducción y deducción-, el teleológico –basado en objetivos- y la ponderación o proporcionalidad, cuya elección depende del trabajo jurídico que se realice para perseguir una agenda particular.⁶⁵⁰ Desde luego se pueden ubicar más métodos que aquellos a los que refiere Kennedy, el aspecto a destacar radica en que el juzgador puede elegir el método que favorezca llegar a la sentencia deseada.

En este punto, llama la atención que Recaséns indique que para formarnos una idea sobre el procedimiento de interpretación que se debe emplear en un caso concreto, es menester formarse el juicio que se considera correcto, es decir, anticipar mentalmente el fallo que se estima justo, y entonces, es sólo, a posteriori, es decir, después de formado ese juicio, se descubre cuál es el procedimiento mental que condujo a dicho juicio, de manera que el método correcto sería el que en este caso llevó a la solución que se considera satisfactoria.⁶⁵¹ Sorprende la referencia anterior, en cuanto a que reconoce que el juez vislumbra el resultado del fallo, sin contemplar posibles restricciones o limitantes para materializar el resultado, aspecto que contrasta con la postura de Duncan Kennedy, quien reconoce que el juez además de vislumbrar un resultado, requiere considerar las restricciones que

⁶⁴⁷ Cfr. Ross, Alf, *Sobre el Derecho...*, cit., pp. 189-190.

⁶⁴⁸ Cfr. Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, pp. 170-172.

⁶⁴⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 173.

⁶⁵⁰ Cfr. Kennedy, Duncan, "The Hermeneutic of Suspicion...", cit., pp. 98-101.

⁶⁵¹ Cfr. *Ibidem*, p. 174.

desde el Derecho le impedirán llegar a la sentencia deseada. Esta temática apunta a considerar las restricciones a que está sujeto el juez al enfrentar a un escenario de discrecionalidad, indeterminación o ambigüedad de las fuentes del Derecho o la pluralidad de métodos.

La anterior exposición ha servido para ejemplificar la manera en que el empleo de las normas, principios y directrices pudiera permitir el avance de la ideología del juzgador. Bajo dicha temática se exhorta a realizar una lectura crítica que permita dilucidar la ideología empleada por el juzgador y la manera en que se puede encubrir dicha ideología. De esta manera el jurista no puede realizar una lectura superficial de las decisiones judiciales; por el contrario, requiere adentrarse en el sentido ideológico de la decisión.

En el siguiente apartado se referirá a la manera en que la doctrina se ha aproximado a la ideología en los textos, a través de la hermenéutica de la sospecha, así como la intención de que el juzgador explicita el proyecto ideológico asumido, lo cual es un preámbulo para la propuesta de emplear la pragma-dialéctica en el estudio de los alcances del juez que busca llegar a la sentencia deseada, materia del Capítulo Cuarto.

VI. LA APROXIMACIÓN A LA IDEOLOGÍA EN EL ANÁLISIS DE TEXTOS JURÍDICOS Y LA EXPLICITACIÓN DEL PROYECTO IDEOLÓGICO

En general, el orden jurídico contempla disposiciones tendientes a prevenir o sancionar aquellas conductas del juzgador que involucren problemas tales como la corrupción, dependencia, arbitrariedad o conflicto de intereses, por ejemplo. Así, en el Estado Constitucional de Derecho existe un estándar de reglas y procedimientos tendientes a la protección de la independencia personal y material de los jueces, inamovilidad e intransferibilidad, libertad frente a instrucciones, así como otras garantías desarrolladas como derechos fundamentales judiciales, entre las que se encuentra el derecho de audiencia, protección judicial efectiva, prohibición de tribunales especiales, principios de *nulla poena sine lege* y *ne bis in idem*, así como

el de publicidad.⁶⁵² Pese a dichas disposiciones, es difícil que el ordenamiento jurídico prevea alguna norma que prohíba que el juez siga determinada ideología. Aunado a lo anterior, se presenta una dificultad adicional consistente en la imposibilidad de unificar ideologías o de tener claridad de la ideología más idónea a seguir.

En esta tesitura sería conveniente contar con elementos teóricos auxiliares para identificar la presencia ideológica en una sentencia. Aquí podríamos identificar a la hermenéutica de la sospecha y la propuesta de que el juez explicita la ideología seguida en su decisión. Dicha referencia conducirá a indagar elementos teóricos adicionales para examinar los alcances del seguimiento ideológico para llegar a una sentencia deseada y sus efectos en las partes en juicio.

1. *Hermenéutica de la sospecha*

Para Duncan Kennedy, la hermenéutica de la sospecha se pregunta escépticamente si se justifica la pretensión de necesidad jurídica, o si la elección del método obedece a una motivación ideológica consciente o inconsciente.⁶⁵³ Dicha hermenéutica supone la operación de cuestionar y demostrar los errores de los juicios que aducen ser requeridos conceptual, teleológica o proporcionalmente, posterior a lo cual se procede a sugerir que la elección obedece a una motivación ideológica, y que por consiguiente el caso requería de una solución alternativa. De esta manera, se busca cuestionar de manera escéptica la supuesta necesidad jurídica bajo la cual se justifica una decisión.⁶⁵⁴

Es posible desprender que la hermenéutica de la sospecha representa un instrumento que supone cuestionar el sentido último de una decisión e indagar el tipo de ideología que se ha asumido. Dicho instrumento recae sobre textos ya elaborados, que en el presente caso, corresponde a la sentencia ya emitida por el órgano jurisdiccional. Sin embargo, dicha propuesta de análisis no indica cómo debe proceder el juzgador para proveer de mejor sentido sus sentencias.

⁶⁵² Cfr. Häberle, Peter, *El Estado...*, cit., p. 223.

⁶⁵³ Cfr. Kennedy, Duncan, "The Hermeneutic of Suspicion...", cit., p. 129.

⁶⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 124.

Si se quiere continuar con esa reflexión, se podrían considerar los alcances del discurso en el Derecho, que permita indagar si se respetaron los “derechos” discursivos de las partes en juicio, en los términos adelantados en el Segundo Capítulo, e igualmente se requeriría considerar de qué manera se puede orientar el comportamiento del juzgador para asegurar la adecuada intervención de las partes en un juicio, análisis y evaluación de sus argumentos.

2. *Explicitación de la ideología*

Al continuar con la reflexión en torno a cómo puede proceder el juzgador para proveer de mejor sentido sus sentencias, particularmente frente al problema de la ideología, un sector de la doctrina se ha inclinado a proponer que el juez explicita la ideología empleada para resolver un caso concreto.

Dicha postura ya la sostenía Jerome Frank, para quien el reconocimiento de los motivos y razones reales puede ayudar a que el juzgador examine si los mismos están o no fundados en intereses públicos.⁶⁵⁵ Ante la presencia de factores subjetivos, se propone abogar por prácticas judiciales más sinceras.⁶⁵⁶

Sobre el particular, Javier Hernández García considera que los jueces ya no son simples aplicadores de la norma y que por la constitucionalización del Derecho, éste se nutre tanto de reglas de textura cerrada como de principios de textura abierta cuya aplicación reclama comprometidas operaciones de tipo ponderativo, con la utilización de escalas axiológicas móviles; de ello resulta evidente que tanto la ideología judicial como la forma en que ésta se proyecta en los procesos de toma de decisión deben convertirse en un objetivo de análisis constitucional de primer orden y en donde el juez viene obligado a reflexionar sobre el papel que ocupa su ideología en la toma de decisiones y en la argumentación de las mismas.⁶⁵⁷

Incluso los pragma-dialécticos enfatizan el aspecto racional (y no psicológico o de otro tipo de creencias) de la práctica argumentativa, estiman que

⁶⁵⁵ Cfr. Frank, Jerome, *Courts on Trial...*, cit., pp. 158-164.

⁶⁵⁶ Cfr. Frank, Jerome, *Derecho...*, cit., p. 108.

⁶⁵⁷ Cfr. Hernández García, Javier, *op. cit.*, pp. 68-69.

no hay ninguna justificación a priori para declarar que los deseos, propósitos y otras elecciones de posición que implican un juicio de valor son inapropiadas para una discusión razonable.⁶⁵⁸ Lo anterior, permitiría admitir la aceptación de la posibilidad de discutir ideologías de manera razonable, lo cual implicaría justificar debidamente la postura adoptada en defensa o cuestionamiento una ideología.

Si se retoma lo expresado por Eveline Feteris al evaluar la argumentación pragmática, se tiene que junto con determinar si se defendió un punto de vista complementado por otros argumentos que demuestran que la decisión es coherente y consistente con otras normas jurídicas, principios o metas, así como indagar si el modelo argumentativo se aplicó correctamente, se requiere igualmente hacer explícitas las operaciones realizadas en la interpretación del proceso, con lo cual la argumentación pragmática puede ofrecer una justificación aceptable de una decisión jurídica, siempre y cuando el juez haga explícitos los juicios de valor y las bases jurídicas para dichos juicios, así como las consideraciones en torno a lo deseable de los resultados.⁶⁵⁹

Adicionalmente, para identificar el trasfondo ideológico que subyace en la estructura del orden jurídico y de cada institución, sería conveniente situarse en un enfoque estimativo distinto al presupuesto por la actitud política del gobernante, del legislador o del juez que expresan normativamente la “voluntad del Estado”, que permita descubrir la inadecuación o incongruencia de su pensamiento con las contingencias reales de la vida social.⁶⁶⁰

Lo expuesto supone un esfuerzo por cuestionar el contenido de las sentencias y tener una apertura ideológica alternativa, que permita identificar qué efectos tiene seguir una ideología para decidir un caso concreto. Si bien se podría pensar en controlar el tipo de ideología seguida para llegar a una sentencia, se estima pertinente buscar algún control adicional que auxiliarmente permita identificar aquellos rubros en que la actitud del juez impida u obstaculice la adecuada conducción del discurso. Ciertamente, junto con el reconocimiento de los

⁶⁵⁸ Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría sistemática de la Argumentación...*, cit., p. 128.

⁶⁵⁹ Cfr. Feteris, Eveline, “A pragma-dialectical approach...”, cit., pp. 357-365.

⁶⁶⁰ Cfr. Méndez de Smith, Elisa A., *op. cit.*, p. 104.

valores e ideología seguidos en un caso concreto, aún se requeriría ver la manera en que ha procedido el juzgador para llegar a determinada decisión, bien para interpretar y aplicar las normas y principios jurídicos para resolver una controversia, bien para analizar las posturas que han asumido las partes en juicio, para lo cual la pragma-dialéctica, y concretamente el código de conducta para discutidores razonables pueden proporcionar un instrumento teórico auxiliar para proveer de mejor sentido las sentencias.

Así, el tema del seguimiento ideológico del juzgador a la luz del discurso crítico de la pragma-dialéctica ofrece aristas adicionales bajo las cuales es posible identificar otras restricciones a las cuales se encuentra sujeto el juzgador, otros posibles efectos de la intención de llegar a la sentencia deseada –entre ellas la preocupación de que una de las partes en el juicio, concretamente aquella con la cual el juzgador tenga una afinidad ideológica- pueda verse “desfavorecida” indirectamente, si su posicionamiento ideológico contrasta con aquel asumido por el juzgador, y la posibilidad de identificar elementos que permitan orientar el actuar razonable del juzgador, lo cual será objeto de estudio en el siguiente Capítulo.

VII. CONSIDERACIONES FINALES DEL CAPÍTULO TERCERO

En el presente capítulo se ha explorado la revaloración del juzgador en el Estado Constitucional de Derecho, en cuanto a su carácter de protector de la Constitución y de los derechos de los individuos. Para lograr tales fines, el juez ha de acatar los requerimientos de racionalidad, razonabilidad, imparcialidad e independencia.

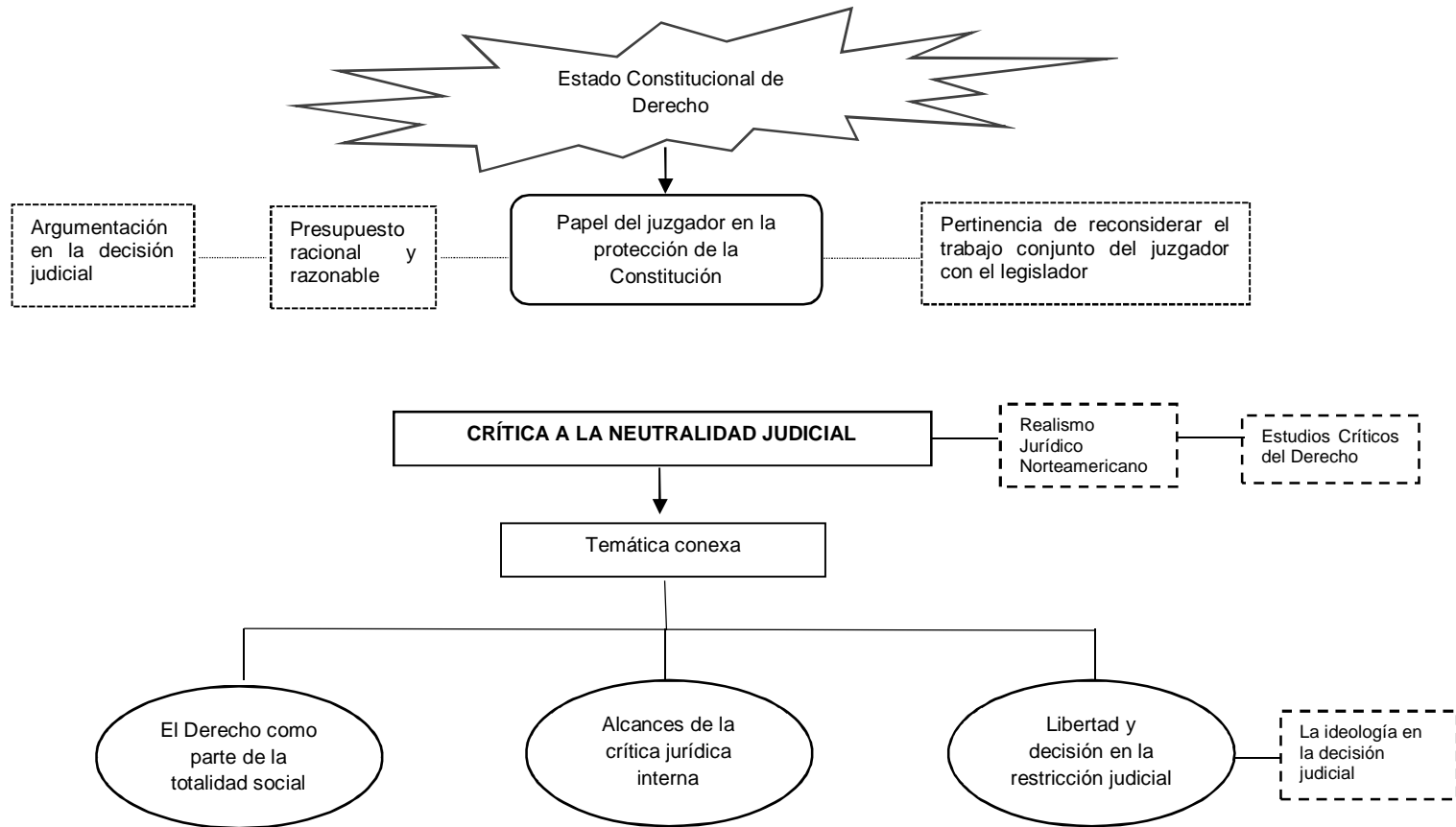
Igualmente, la revaloración del actuar del juzgador adquiere una particular dimensión en la crítica jurídica interna de los Estudios Críticos del Derecho, bajo la cual el juzgador enmarcado en un polo de libertad buscará llegar a una sentencia deseada, a partir de su ideología y proyectos vitales. Dicha libertad sin embargo, se encuentra restringida por las normas y razonamiento jurídico que impedirán que el juzgador decida a su arbitrio.

A pesar que los *CLS* se enmarcan en la tradición del Derecho Anglosajón, dicha postura permite explorar la problemática que se presenta en torno a la crítica

a la neutralidad judicial, así como el esquema de la libertad y restricción a que se enfrenta el juzgador. Así, independientemente de las fuentes del Derecho y diferencias en las exigencias impuestas al juzgador bajo la tradición jurídica Romano-Germánica o la Anglosajona, lo que resulta relevante de la crítica jurídica interna es el esquema de libertad y restricción en el cual se desenvuelve el juzgador para tratar de llegar a una sentencia deseada. En esta aproximación, tanto la ideología en la decisión judicial como el actuar del jurista requieren de una constante reflexión e investigación, a fin de identificar las ideologías presentes en una época determinada, la actuación del jurista para transformar su sociedad, y en su caso, los alcances, límites y condiciones que han favorecido su actuar.

Aunque el tema de la ideología es apasionante, se estima conveniente centrar la presente investigación en el análisis de otros posibles alcances de la búsqueda de la sentencia deseada, así como indagar otras posibles restricciones a que se encuentra sujeto el juzgador en su actuar. En este tenor, en el siguiente capítulo se retomará la perspectiva pragma-dialéctica, con la finalidad de explorar la manera en que se puede restringir el actuar del juzgador a partir de las reglas de la discusión crítica, concretamente del código de conducta para discutidores razonables, que impedirán que el juzgador decida a su arbitrio o basado exclusivamente en una postura ideológica. Dichas restricciones permitirán indagarán los elementos susceptibles de orientar el actuar razonable del juzgador, a fin de que se encuentre en posibilidad de proveer de mejor sentido sus sentencias, que a su vez permitan generar mayor confianza en el actuar del juzgador. Tal exposición pretende identificar la relevancia de la teoría jurídica contemporánea para incorporar constructos, técnicas o criterios para analizar, evaluar y orientar sus decisiones.

ESQUEMA DEL CAPÍTULO TERCERO



El Esquema 3, enuncia algunas de las exigencias al juzgador en el Estado Constitucional de Derecho, así como ciertas notas en torno a la crítica a la neutralidad judicial que postulan los *CLS*.

CAPÍTULO CUARTO

LAS REGLAS DE DISCUSIÓN CRÍTICA EN EL REFORZAMIENTO DE LA RAZONABILIDAD DEL JUZGADOR

*“La superficie de la Tierra manifiesta:
«El tesoro está dentro»
La deslumbrante joya proclama:
«No os engaños con mi belleza:
La luz de mi rostro viene
de la vela de mi espíritu»⁶⁶¹*

⁶⁶¹ Rumi, *En brazos del Amado. Antología de Poemas Místicos*, trad. de Alfonso Colodrón, Madrid, Edaf, 2012, p. 152.

CAPÍTULO CUARTO

LA RAZONABILIDAD DEL JUZGADOR A PARTIR DE LAS REGLAS DE LA DISCUSIÓN CRÍTICA

I. PANORAMA GENERAL

La importancia del juzgador en el Estado Constitucional de Derecho referida en el Capítulo Tercero exhorta a continuar con la reflexión de la manera de proveer de mejor sentido las sentencias, a fin de salvaguardar los ideales y valores de dicho modelo de Estado. Dicha reflexión es oportuna si se consideran los cuestionamientos a la neutralidad judicial que realizan los Estudios Críticos del Derecho, que invitan a identificar restricciones adicionales que impidan que el juzgador decida conforme a su ideología.

El objetivo del presente capítulo es aplicar el código de conducta para discutidores razonables de la pragma-dialéctica, a fin de identificar aquellos elementos susceptibles de restringir que el juzgador llegue a la sentencia deseada, explorar los alcances de las violaciones de las reglas de la discusión crítica y del referido código, así como determinar la manera en que dichas reglas pueden coadyuvar para orientar el actuar razonable del juzgador.

Para tales efectos, los temas que a examinar son la contextualización de los sujetos procesales en juicio, la manera en que el código de conducta para discutidores razonables de la pragma-dialéctica restringe la libertad del juzgador, los alcances a las violaciones de dicho código, así como los elementos que se desprenden de dicho código para orientar el actuar razonable del juzgador. En este esfuerzo, la teoría jurídica contemporánea es significativa para proporcionar mayores elementos de análisis y evaluación del actuar del juzgador, a fin de mejorar la práctica jurídica cotidiana, así como para brindar una mayor confianza de que la actuación del juzgador se desarrollará bajo parámetros razonables, a pesar de la intención de llegar a la sentencia deseada, a partir de un proyecto ideológico.

II. EL DISCURSO JURÍDICO COMO RESTRICCIÓN EN EL ACTUAR DEL JUZGADOR

1. *Consideraciones en torno al juzgador en la búsqueda de la sentencia deseada*

En el presente apartado se retomarán algunos de los aspectos que se desprenden de la crítica a la neutralidad judicial, que invitan a emplear el código de conducta para discutidores razonables para examinar el actuar del juzgador que se guía por una determinada ideología para llegar a una sentencia deseada.

De la exposición del Capítulo Tercero, se advierte en primer lugar que la búsqueda de la sentencia deseada, no parece contrariar la exigencia de justificación del Estado Constitucional de Derecho, en tanto que el juzgador buscará emplear aquellos argumentos, normas, principios y directrices que tengan mayor afinidad con su ideología y le permitan llegar a la sentencia deseada e interpretar la norma jurídica conforme a dicha ideología. Excede de los alcances de la presente investigación explorar el tipo de argumentos y fuentes del Derecho que favorezcan que el juzgador decida conforme a su ideología. Conforme a lo mencionado en los Capítulos anteriores, el tema se centrará en el actuar del juzgador al decidir una controversia, ya que al parecer su experiencia e intenciones han sido significativos en la determinación del rumbo del Derecho.

En segundo lugar, se aprecia que la búsqueda de la sentencia deseada no parece conllevar una posible vulneración a los principios y valores del Estado Constitucional de Derecho, ya que como se mencionó en el Capítulo anterior, es posible encontrar oposición entre dos normas y principios jurídicos, sin que ello involucre la adopción de un rechazo a los derechos humanos o de la democracia, ya que existen aproximaciones divergentes a un mismo problema (por ejemplo derivadas de problemas de género, cumplimiento de obligaciones civiles, colisión de derechos) y que conviven en el Estado Constitucional de Derecho.⁶⁶² En todo

⁶⁶² John Rawls reconoce la posibilidad de que los valores entren en conflicto con las condiciones mismas que posibilitan la cooperación social justa, ante lo cual plantea la posibilidad de buscar un

caso, amerita una investigación adicional el contenido y la dinámica en que los valores, derechos e ideologías inciden en la decisión judicial. Otro tema que requeriría una investigación más detallada refiere a las ideologías permitidas dentro del Estado Constitucional de Derecho, a fin de explorar cuáles se requerirían privilegiar y de qué manera se puede privilegiarlas.

En este contexto, si bien la referencia a la búsqueda de la sentencia deseada de Kennedy no brinda estructuras que normen la conducción de la argumentación jurídica (por retomar la crítica que formula Atienza, enunciada en el Capítulo Tercero), sin embargo, sí expone el marco de libertad y restricción al que se encuentra sujeto el juzgador e impone un reto adicional a considerar que exigiría indagar otras posibles afectaciones que se pudieran desprender de la intención del juzgador de buscar una decisión conforme a un producto ideológico determinado. Si bien Kennedy alude a las restricciones que se enfrenta el juzgador frente a la ley, y a las fuentes del Derecho, que evitan llegar a la sentencia deseada, como se verá en el presente capítulo, existen otros factores dentro de un juicio –además de la interpretación y aplicación de la norma y principios jurídicos- que igualmente requieren tomarse en consideración por parte del juzgador.

Bajo las consideraciones anteriores, la vinculación que se establecerá entre la perspectiva pragma-dialéctica –concretamente a partir del código de conducta para discutidores razonables- y los *CLS* se realiza con la finalidad de continuar en la búsqueda de otras posibles restricciones en el actuar del juzgador, las incidencias que puede tener su actuar frente a otros sujetos procesales, y a partir de ahí desprender elementos para orientar el actuar razonable del juzgador para proveer de mejor sentido las sentencias. La referencia al código de conducta para discutidores razonables de la pragma-dialéctica, empleado a partir de la posibilidad de que el juzgador busque llegar a la sentencia deseada no pretende lanzar una sombra de sospechas en torno a la actividad del juzgador, ni predisponer para demeritar la función jurisdiccional. Simplemente apunta a la importancia que tiene que el juez dé un debido respeto a las partes en el juicio y considere adecuadamente

consenso. Al efecto, Véase Rawls, John, *Liberalismo político*, trad. de Sergio René Madero Báez, México, Fondo de Cultura Económica, 2015 (Octava reimpresión) pp. 157-170.

los hechos, pruebas y argumentos expuestos por los justiciables. Más allá del tipo de ideología que se desee privilegiar en una decisión judicial, o incluso de mantener a los tribunales alejados de las incidencias de la política diaria,⁶⁶³ es conveniente reconsiderar que en todo momento el juez no es un ente aislado encargado de la aplicación del Derecho, sino que éste requiere dar la debida consideración a las partes en juicio, a fin de mejorar las condiciones de la práctica jurídica cotidiana.

En el siguiente numeral se realizará una breve referencia a la percepción de la justificación dentro del procedimiento discursivo, así como las posibles limitantes del discurso, como preámbulo para emplear el código de conducta para discutidores razonables como una restricción en el actuar del juzgador, y desprender elementos para orientar el actuar razonable del juzgador.

2. La justificación como procedimiento discursivo

Conforme a lo expuesto en el Tercer Capítulo, la justificación es una exigencia primordial de las decisiones del juzgador, en tanto que garantiza que la decisión jurídica ha sido adoptada bajo un razonamiento jurídico riguroso, ajustado a las normas y principios del Estado Constitucional de Derecho.

Si bien, el tema de los modelos de justificación de las decisiones requeriría de un amplio tratamiento para explorar la justificación normativa y aquella basada en principios, se explorarán algunas notas en torno a la justificación como procedimiento discursivo, el cual constituye un referente para explorar la manera en que la perspectiva pragma-dialéctica puede aportar elementos adicionales a la justificación como procedimiento discursivo.

Se estima pertinente referir al procedimiento discursivo de justificación, en tanto que puede aportar criterios adicionales para analizar los alcances que tiene que el juez busque resolver una controversia basado en una ideología. En efecto, el invocar una ideología en la decisión judicial no ofrece mayores problemas, si el juzgador justifica debidamente su sentencia, y la apoya en determinadas normas y principios jurídicos. Sin embargo, bajo una aproximación de la justificación como

⁶⁶³ Cfr. Stammeler, Rudolf, *op. cit.*, p. 79.

discurso, se apreciará que existen otros factores que el juzgador deberá considerar al momento de emitir su decisión, y que se relacionan con los sujetos que intervienen en una controversia y a quienes va dirigida la decisión, lo cual impone mayores exigencias al juzgador al momento de justificar su decisión.

La referencia al discurso en la justificación ha sido objeto de un estudio pormenorizado en las obras de Jürgen Habermas, Robert Alexy y Aulis Aarnio. Para efectos del presente apartado, se enfocará la atención en Aarnio, que permitirá contextualizar la relevancia del discurso en la justificación y el empleo de la pragmática dialéctica en la orientación del actuar razonable del juzgador.

Para Aarnio, la exigencia de un procedimiento racional de decisión es significativo para evitar la arbitrariedad, en tanto que permite cumplir con ciertos criterios de racionalidad, dentro del cual la expectativa de protección jurídica puede realizarse propiamente, y así, el procedimiento dará mayor certeza jurídica.⁶⁶⁴ En este esquema, la aceptabilidad racional no se refiere a la dicotomía falso/verdadero, sino que tiene relevancia social, en tanto que si la mayoría de los miembros de la comunidad jurídica siguieran la racionalidad del discurso, llegarían a la conclusión de que es racional y razonable aceptar la posición presentada, de ahí que la relevancia no está basada en la presión de argumentos persuasivos o en la mera autoridad formal, sino en la fuerza racional de la justificación, la cual satisface máximamente la expectativa de certeza jurídica en la sociedad.⁶⁶⁵

Igualmente, desde un punto de vista interpretativo, Aarnio señala que la justificación jurídica es un procedimiento discursivo que sigue los principios del discurso racional. Dicho proceso se concibe como un diálogo entre la persona que presenta la justificación (A) y la persona (grupo o audiencia) que juzga la validez de la justificación (B). En este diálogo, que tiene como punto de partida un desacuerdo sobre el asunto objeto de interpretación, se tiene que A, sobre una base racional intenta convencer al receptor B, acerca de la justificación del punto de vista interpretativo, y así, la justificación habrá tenido éxito, si A y B llegan a un acuerdo

⁶⁶⁴ Cfr. Aarnio, Aulis, "Sobre el Derecho y el Estado de Bienestar. Un punto de vista teórico", en Aarnio, Aulis, *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1995 (segunda reimpresión), p. 36.

⁶⁶⁵ Cfr. Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable...*, cit., p. 287.

sobre la base racional.⁶⁶⁶ En este procedimiento, se emplean argumentos para justificar las alternativas de interpretación, a fin de lograr una aceptabilidad del enunciado que sustente la alternativa que se defiende o ataca.⁶⁶⁷

La particularidad de esta exposición apunta a considerar la relación existente entre el juzgador y una audiencia –que puede ser la comunidad jurídica, jueces de instancias superiores o la sociedad- a quien buscará convencer de su argumentación, y que a su vez determinará si es válida la justificación, sobre una base racional. La aproximación al diálogo, es significativa en tanto que exhorta a ver a las personas como las receptoras de la justificación, con lo cual la justificación ya no se limitará a una referencia entre el juzgador, el texto de la ley u otra fuente jurídica y la decisión. Un aspecto adicional que se desprende de esta modalidad de justificación, radica en que se vislumbran otras reglas que proporcionan las condiciones internas y externas para que se lleve adecuadamente la discusión.

De esta manera, la referencia a las reglas discursivas, y sobre todo a la interacción entre el juzgador y su audiencia representan elementos adicionales que el juzgador ha de considerar al emitir su decisión.

3. Limitaciones en las reglas del discurso

La particularidad observada en las reglas del discurso crítico de la pragma-dialéctica, concretamente en el código de conducta para discutidores razonables, es que ofrece una sensibilización sobre la intervención de los otros participantes en el discurso, un aspecto que adquiere mayor énfasis en la pragma-dialéctica, en comparación con algún código de conducta ordinario que incorpore las reglas de deontología básicas de la profesión del juez.⁶⁶⁸

Aquí cabe la referencia a Manuel Atienza, al concebir a la argumentación como un acto de lenguaje complejo -como lo hace van Eemeren y Grootendorst-, en donde además de los enunciados (las premisas y la conclusión), cobran especial protagonismo los actores de la argumentación (el orador, el proponente, el

⁶⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 155-163.

⁶⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 163-166.

⁶⁶⁸ Cfr. Jiménez Asensio, Rafael, *op. cit.*, p. 38.

auditorio), la intención o los objetivos que persiguen quienes desarrollan esa actividad (persuadir, resolver diferencias de opinión, etc.) o las reglas que establecen cómo han de comportarse los participantes en la misma: qué tipos de actos lingüísticos, en qué ocasión, etc., les está permitido o prohibido ejecutar.⁶⁶⁹

Lo anterior, es indicativo de que el comportamiento de los participantes en el discurso sí desempeña un papel significativo en la conducción del procedimiento discursivo y la resolución de una controversia. Sin embargo, el propio Atienza sostiene lo inadecuado que resulta contemplar la argumentación jurídica desde una perspectiva exclusivamente pragmática, concretamente referida a la reducción a la dialéctica, en tanto que las argumentaciones que tienen lugar en muchos contextos jurídicos simplemente no son del tipo dialéctico, o no se exteriorizan de esa manera -como sucede con la fundamentación de las sentencias judiciales o las exposiciones de motivos de leyes-, aunado a que no hay un tipo de diálogo bajo el cual puedan incluirse todas las formas de los diálogos o los debates jurídicos, de donde resulta que, para dicho autor, aunque el discurso racional o la discusión crítica puedan captar muchos de los aspectos que pueden encontrarse en la argumentación judicial no es (o no es del todo) un buen modelo para dar cuenta de las argumentaciones legislativas o de los abogados.⁶⁷⁰

Si se pretende caracterizar la argumentación jurídica bajo lo que Atienza concibe como la concepción pragmática -dentro de la cual se ubicarían las reglas de la discusión crítica-, evidentemente que la pragma-dialéctica sería insuficiente para dar cuenta de la integridad de dicha actividad, máxime si se considera que la aplicación de dicha perspectiva se encuentra aún en estudio. Sin embargo, lejos de describir (y normar) la actividad argumentativa, las reglas de la discusión crítica, en lo general, pueden aportar criterios para reconducir el actuar razonable del juzgador y sensibilizarlo de que su actividad se encuentra circunscrita a un diálogo implícito con las partes en juicio, lo cual busca reforzar la idea de que la actividad del juez se encuentra sujeta a diversos límites, a los cuales debe circunscribirse para dar la

⁶⁶⁹ Cfr. Atienza, Manuel, *El Derecho...*, cit., pp. 248-249.

⁶⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 285-287.

debida certeza a la audiencia en lo particular y en lo general de que no actuará de manera arbitraria.

Aunque las reglas del discurso crítico no reflejen plenamente los alcances de una argumentación en sede judicial y aun cuando carezcan de obligatoriedad las reglas del discurso crítico, ante un presunto carácter discrecional al sometimiento o no a las reglas del discurso práctico racional⁶⁷¹ e incluso pese al posible límite débil que pueden representar reglas del discurso, que implica colocar a un individuo u órgano en una situación tal que les es necesario comportarse de cierta manera para elegir de forma razonable y eficaz,⁶⁷² se estima que el código de conducta para discutidores razonables podría ser ilustrativo para aterrizar las exigencias razonables del juzgador en un discurso jurídico y revalorar su situación frente a otros sujetos procesales.

Por lo anterior, la pragma-dialéctica proporciona un interesante constructo teórico para identificar restricciones adicionales a que se encuentra sujeto el juez, así como orientar la razonabilidad de su actuar. Si bien, el código de conducta para discutidores razonables comparte algunos elementos y reglas presentes en otras posturas de la teoría del discurso, sin embargo, el hecho de que la pragma-dialéctica formule específicamente una serie de reglas para los sujetos que intervienen en una discusión, proporciona un instrumento auxiliar y concreto para ver la manera en que el adecuado comportamiento de los participantes puede incidir la decisión judicial.

III. LA DISCUSIÓN IMPLÍCITA ENTRE EL JUZGADOR Y LAS PARTES

1. *Exposición de la discusión implícita*

Previo a indagar la aplicación del código de conducta para discutidores razonables para orientar el actuar razonable del juzgador, se estima conveniente delimitar el tipo de discusión bajo la cual se centrará el estudio. Esencialmente, se retomará la discusión (implícita) entre las partes y el juez que postula la pragma-dialéctica, la

⁶⁷¹ Cfr. Barranco Avilés, María del Carmen, *op. cit.*, p. 133.

⁶⁷² Cfr. *Ibidem*, p. 142.

cual se centra en revisar si las pretensiones del protagonista se pueden defender en contra de las reacciones críticas que erige el juez como antagonista institucional, en los términos abordados en el Capítulo Segundo.⁶⁷³ En menor medida se explorará la discusión entre el juzgador y la audiencia en lo general.⁶⁷⁴

La intención al explorar la discusión (implícita) entre las partes y el juez radica en que es pertinente que el juzgador asuma una vinculación entre él y los justiciables, de suerte que ante la intención de llegar a la sentencia deseada, se respeten los argumentos y actuaciones procesales de las partes al momento de emitir la decisión judicial, independientemente del proyecto ideológico subyacente.

En esta tesitura, es menester redimensionar la actividad argumentativa del juzgador no como un monólogo unidireccional, sino como un acto complejo de interacción. Para Frans van Eemeren este acto complejo de interacción se dirige a suscitar ciertas respuestas en las personas, con lo cual la argumentación es parte de un diálogo, que apela a la razonabilidad, cuya fuerza deriva de la idea de estándares críticos comunes, que lo alejan de cualquier especulación sobre instintos y enredos emocionales.⁶⁷⁵

Así, más allá de la aproximación del juzgador a los hechos, las normas y los principios jurídicos, se estima conveniente indagar cuál es su relación con otros sujetos procesales, sobre todo ante la posibilidad de que el juez busque llegar a una decisión a partir de su ideología. De esta manera, se apreciará que el juez enfrenta no sólo un monólogo entre él y las fuentes del Derecho, o incluso frente a una audiencia universal, sino que su actividad se puede redimensionar como un diálogo con las partes en juicio. En este punto se tendría que reducir el alcance del auditorio entendido como el “conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación,”⁶⁷⁶ y concretarlo en las partes que intervienen en el juicio, lo cual permitirá examinar los alcances del seguimiento del código de conducta para discutidores razonables frente al juzgador que busca llegar a la sentencia deseada.

⁶⁷³ Cfr. Feteris, Eveline T., “A dialogical theory of legal discussion...”, *cit.*, p. 119.

⁶⁷⁴ Cfr. *Idem.*

⁶⁷⁵ Cfr. Eemeren, Frans H. van, *Maniobras estratégicas...*, *cit.*, pp. 62-63.

⁶⁷⁶ Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Editorial Gredos, 1989, p. 55.

2. Breve referencia a la relación procesal entre el juzgador y las partes

A. Noción de proceso

Con la finalidad de comprender la importancia de las partes en un juicio, así como la relevancia de que el juzgador les dé el debido estudio a las pretensiones, excepciones, defensas, pruebas y argumentos, se estima pertinente aludir brevemente a la noción de proceso. Si bien resultaría interesante referir a las teorías que explican la naturaleza jurídica del proceso,⁶⁷⁷ la presente aproximación tiende a reforzar que el juez no sólo se encuentra vinculado con la debida interpretación y aplicación de las normas y principios jurídicos, bajo un razonamiento riguroso, sino que también tiene relación con las partes en juicio, lo cual apunta a redimensionar la discusión (implícita) del juzgador con las partes, particularmente ante la intención de llegar a la sentencia deseada.

Para Gustavo Zagrebelsky:

Un proceso y, por tanto, un derecho procesal existen cuando el procedimiento está encaminado directamente a la tutela de derechos individuales que pretenden hacerse valer, cuando se reconoce el derecho de acción y de defensa y cuando el sujeto público procedente tiene como razón primaria de su acción no el perseguimiento de intereses propios, sino la protección de derechos ajenos.⁶⁷⁸

Para Hugo Alsina, el proceso “comprende todos los actos que realizan las partes y el juez, cualquiera sea la causa que los origine, en tanto que juicio supone una controversia, es decir, una especie dentro del género.”⁶⁷⁹ El objeto del proceso

⁶⁷⁷ Para una breve introducción a las teorías que se han expuesto para explicar la naturaleza jurídica del proceso, Véase Dorantes Tamayo, Luis Alfonso, *Teoría del Proceso*, 13a. ed., México, Porrúa, 2013, pp. 227-244.

⁶⁷⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional?... cit.*, p. 20.

⁶⁷⁹ Alsina, Hugo, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Estado de México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001, vol. 4, p. 152.

es “la protección del derecho subjetivo mediante la actuación del derecho objetivo y en su regulación debe tenerse en cuenta, tanto el interés privado de los litigantes como el interés público en el mantenimiento del orden jurídico.”⁶⁸⁰

Como se puede apreciar, la referencia al proceso apunta a una tutela de derechos en una controversia, dentro de la cual, las partes adquieren un papel significativo, que el juez requiere considerar en la aproximación al problema jurídico sobre el cual se pronunciará. En esencia, se retomarán elementos del procedimiento civil, el cual brinda mayores oportunidades a la iniciativa de las partes⁶⁸¹ y es supletorio de las ramas laboral, administrativa y mercantil.

En términos generales, las fases del proceso civil son:

- Fase postulatoria, integrada por las actuaciones que fijan la litis, principalmente por la demanda del actor y la contestación del demandado a la demanda.⁶⁸² Esta etapa correspondería a la etapa de confrontación de la pragma-dialéctica referida en los Capítulos Primero y Segundo, que como indicaba Feteris, el juzgador permanece a la expectativa de lo que invoquen las partes.⁶⁸³
- Fase probatoria, que incluye el ofrecimiento de pruebas, el de admisión o rechazo de éstas, el de preparación y desahogo de pruebas.⁶⁸⁴ Nuevamente, se aprecia la participación activa de las partes en esta fase. Sin embargo, el juez ya requiere tener especial atención a los extremos con que dichas pruebas se relacionan con la litis y su utilidad para demostrar la procedencia o improcedencia de los hechos que constituyen la contienda, de manera que el sentido de justicia que se desea concretar en la sentencia, no puede desatender ni desvirtuar los alcances de las pruebas ofrecidas y desahogadas por las partes en

⁶⁸⁰ *Ibidem*, pp. 153-154.

⁶⁸¹ En torno a la disposición de las partes en juicio, Véase Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1978)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1978, t. 1, pp. 267-274; Dorantes Tamayo, Luis Alfonso, *op. cit.*, pp. 293-294.

⁶⁸² *Cfr.* Dorantes Tamayo, Luis Alfonso, *op. cit.*, p. 322.

⁶⁸³ *Cfr.* Feteris, Eveline T., “The judge as a critical antagonist in a Legal Process...”, *cit.* p. 476.

⁶⁸⁴ *Cfr.* Dorantes Tamayo, Luis Alfonso, *op. cit.*, p. 322.

juicio. En este contexto, se advertiría que las reglas de la pragma-dialéctica son indicativas para determinar en qué momento el juez desatiende o deja de estudiar debidamente las actuaciones de las partes.

- Fase conclusiva, que corresponde a los alegatos.⁶⁸⁵ En esta fase, se estima que el juzgador requiere considerar debidamente los alegatos expuestos por las partes, y en donde las reglas de la pragma-dialéctica pueden ser significativas para dotar de mejor sentido las sentencias y que las partes tengan la certeza de que se ha dado la atención pertinente a sus actuaciones.
- Fase decisoria, en la cual el juzgador decide en una resolución la cuestión del fondo del asunto que se le han planteado.⁶⁸⁶
- Fase impugnativa, esta segunda instancia, parte del litigio que estuvo a discusión en primera instancia.⁶⁸⁷ En esta fase, las partes podrían considerar aquellos extremos en los que estimen que no se ha dado una interpretación y aplicación del Derecho, acorde con la litis planteada y a las pruebas ofrecidas por las partes.
- Fase ejecutiva, adquiere un carácter eventual, y se presenta cuando la parte que obtuvo la sentencia de condena acorde con sus pretensiones, solicita al juez que, como la parte vencida no ha cumplido voluntariamente con lo ordenado en la sentencia, tome las medidas necesarias para que ésta sea realizada coactivamente.⁶⁸⁸

Dentro de estas fases, los actos procesales que realizan las partes son alegaciones de hecho y de derecho; pruebas de los hechos; declaraciones de voluntad y actividades meramente materiales, los cuales se presentan como desenvolvimientos de facultades comprendidas en el derecho de acción –del actor-

⁶⁸⁵ Cfr. *Idem*.

⁶⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 323.

⁶⁸⁷ Cfr. *Idem*.

⁶⁸⁸ Cfr. Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, 9a. ed., México, Oxford, 2003, pp. 38-39.

o de contradicción –del demandado.⁶⁸⁹ La referencia a las etapas procesales evoca a considerar que la decisión con la cual el juez resuelve el litigio y concluye el proceso –la sentencia- presupone necesariamente la realización de una serie de etapas, a través de las cuales el juez está en condiciones de conocer las pretensiones de las partes y de cerciorarse de la veracidad de los hechos afirmados por éstas.⁶⁹⁰ Así, lo actuado por las partes es fundamental para proporcionar elementos al juzgador sobre los cuales base su decisión.

Si bien, la exposición de Duncan Kennedy en torno a la búsqueda de la sentencia deseada, las restricciones y libertades a que se encuentra sujeto el juzgador hipotéticamente se sitúa en un Juez de Distrito a nivel Federal en Estados Unidos de América⁶⁹¹ y su enfrentamiento con la ley que aparentemente regula un caso concreto,⁶⁹² se estima que la inclinación ideológica del juez para llegar a la sentencia deseada puede estar igualmente presente en la actividad jurisdiccional que se desarrolla la primera y segunda instancia, lo que exhorta a considerar la manera en que el juzgador se relaciona con las partes, y la importancia que reviste su debida consideración para resolver una controversia, para lo cual pueden ser de utilidad las reglas de la pragma-dialéctica.

En este punto, es conveniente indicar que pese a que Feteris ya ha aplicado las reglas que integran el código de conducta para discutidores razonables, para determinar si el juzgador había argumentado debidamente su decisión o no en la fase conclusiva. Sin embargo, como se señalaba en el Tercer Capítulo, la posibilidad de que el juez busque una sentencia deseada y se comporte estratégicamente para interpretar una norma a partir de un proyecto ideológico, invitan a considerar que el código de conducta para discutidores razonables puede ofrecer mayores restricciones al actuar del juzgador, en tanto que además de argumentar debidamente su decisión, se requiere igualmente considerar las actuaciones procesales de las partes con plena objetividad, y evitar que la ideología

⁶⁸⁹ Rocco, Ugo, *Las relaciones jurídico procesales en el Derecho Procesal Civil*, s/t, Bogotá, Editorial Leyer, 2008, p.377.

⁶⁹⁰ Cfr. Ovalle Favela, *op. cit.*, p. 31.

⁶⁹¹ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial...*, *cit.*, p. 93.

⁶⁹² Cfr. *Ibidem*, p. 97.

del juez interfiera en la debida apreciación de dichas actuaciones. Por ello, se pretende redimensionar el empleo del código de conducta para discutidores razonables para incluir la relación del juez con las partes en el proceso.

B. Las partes en el proceso

Para Hugo Alsina, no puede negarse la existencia de una relación jurídica en el proceso con derechos y obligaciones entre el juez y las partes. En general los sujetos de la relación procesal son actor, demandado y juez. Los dos primeros constituyen las partes en el juicio, y la ley determina su capacidad, las condiciones de su actuación en el proceso, sus deberes y facultades, así como los efectos de la sentencia entre ellos. El juez ejerce la función jurisdiccional en nombre del Estado, el cual reglamenta su designación, fija sus atribuciones y actividad en el proceso.⁶⁹³

Ugo Rocco define la relación jurídica procesal como “el conjunto de relaciones jurídicas, esto es, de derechos y obligaciones regulados por el derecho procesal objetivo, que median entre actor y Estado y entre demandado y Estado, nacidas del ejercicio del derecho de acción o de contradicción en juicio.”⁶⁹⁴ De dicha definición, el autor identifica los caracteres de la relación jurídica procesal que son: 1) Es una relación de derecho público; 2) Es una relación autónoma del derecho substancial, en cuanto tiene condiciones de ejercicio y de vida completamente diferentes de aquella; 3) Es una relación trilateral en que intervienen como sujetos el actor, demandado y Estado, personificado por el órgano jurisdiccional; 4) Es una relación compleja por constar de una relación jurídica de acción y de contradicción en un juicio, con una serie de facultades y obligaciones; 5) La relación se desarrolla en varias fases.⁶⁹⁵

Como se puede apreciar, la relación jurídica procesal evoca a la consideración de dos o más sujetos que intervienen en el juicio, con el correspondiente ejercicio de la acción o contradicción. En esta tesitura, se estima que el estudio de la decisión judicial, además de comprender la debida

⁶⁹³ Cfr. Alsina, Hugo, *op. cit.*, pp. 164-165.

⁶⁹⁴ Rocco, Ugo, *op. cit.*, p. 56.

⁶⁹⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 56-57.

interpretación y aplicación del Derecho, con un riguroso razonamiento, requiere igualmente la reconsideración de los extremos de la relación jurídica procesal, de manera que se integren debidamente las acciones, defensas y excepciones que hacen valer las partes.

Aquí, se ubicaría la referencia a la función jurisdiccional desde un punto de vista social, que la concibe como “la actividad que el Estado desarrolla en el interés general de la sociedad y en particular de los sujetos individuales y determinados de derecho, los cuales, por la incertidumbre o inobservancia de las normas jurídicas, sienten la necesidad de que los conflictos de intereses, eventualmente surgidos entre sí, se resuelvan por un órgano superior, que se concreta en el Estado.”⁶⁹⁶

Bajo la relación procesal, la parte en un juicio se define como “aquél que estando legitimado para obrar o contradecir, gestiona en nombre propio la realización de una relación jurídica de la que afirma ser titular, o bien de una relación jurídica de la que afirma ser titular otro sujeto, que puede comparecer o no comparecer en juicio.”⁶⁹⁷ Igualmente, se entiende por partes en el proceso “aquellos sujetos que piden, o frente a los cuales se pide, al órgano jurisdiccional una forma de tutela jurídica, realizable a través del proceso civil de cognición, de ejecución, cautelar, contencioso o voluntario.”⁶⁹⁸

A consideración de Ugo Rocco, las partes en juicio buscan la intervención del Estado para la declaración o realización coactiva de los intereses salvaguardados por el derecho objetivo. Dicho interés se caracteriza por ser secundario o de segundo grado, frente a los intereses primarios o de primer grado que forman el contenido de los varios derechos subjetivos de un sujeto determinado; es independiente y autónomo respecto de los singulares intereses, de los cuales se pide la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional; es abstracto y general, al abstraerse de la existencia efectiva del interés primario; es único e inmutable y tiene un carácter no patrimonial.⁶⁹⁹

⁶⁹⁶ *Ibidem*, pp. 57-58.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, p. 306.

⁶⁹⁸ Micheli, Gian Antonio, *Los sujetos del proceso civil*, Bogotá, Leyer, 2008, p. 91.

⁶⁹⁹ Rocco, Ugo, *op. cit.*, pp. 271-274.

En un supuesto procesal de igualdad, se requiere brindar a las partes las mismas oportunidades jurídicas de ofrecer y de pedir a todo lo largo del proceso, con la salvedad de que el derecho a obtener dependerá del fundamento de las pretensiones deducidas, o más exactamente, de la calificación que de ellas haga el juez.⁷⁰⁰ La consideración de igualdad procesal es un aspecto significativo que ha de considerar el juez al momento de decidir, en tanto que no puede desestimar las actuaciones de las partes en juicio, en aras de buscar la sentencia deseada.

La referencia a la relación jurídica procesal y a las partes en juicio, permite establecer una vinculación con la nota social de la argumentación de la pragma-dialéctica, aludida en el Capítulo Primero, que evoca a que el avance argumentativo se dirige por definición a otros, en tanto que representa una contribución a un proceso de comunicación entre personas o grupos que intercambian ideas entre sí con el fin de resolver una diferencia de opinión.⁷⁰¹

En este orden de ideas, la nota social en la argumentación es significativa ya que expone que la relación del juez no se limita a éste con el Derecho, sino que requiere considerar a las partes que han sometido una controversia para su decisión. De esta manera, el juzgador no puede desentenderse de las partes en juicio, pese a buscar una decisión a partir de su sentido de la justicia o ideología.

C. Contenido de la relación procesal

Por lo que concierne al contenido de la relación procesal, es posible retomar a Ugo Rocco, para quien a la obligación jurídica del Estado de prestar la actividad jurisdiccional corresponde, además, a una pretensión jurídica individual de quien asume la calidad de demandado, al rendimiento de la misma prestación; así el demandado tiene interés en la declaración de las relaciones jurídicas concretas y substanciales, que constituyen la materia sobre la cual pide el actor el juicio de los órganos jurisdiccionales.⁷⁰² Aún más es posible agregar que:

⁷⁰⁰ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1978)*, op. cit., p. 282.

⁷⁰¹ Cfr. Eemeren, Frans van y Grootendorst, Rob, *Una Teoría Sistemática de la Argumentación...*, cit., pp. 62-63.

⁷⁰² Cfr. Rocco, Ugo, op. cit., p. 255.

La pretensión que al demandado corresponde en el proceso de conocimiento, es la facultad de exigir obligatoriamente, de parte de los órganos jurisdiccionales, la declaración, mediante sentencia, de las concretas relaciones jurídicas deducidas en juicio. Esta pretensión asume una forma antitética a la pretensión del actor, de modo que, frente a la acción que tiene una declaración positiva, el demandado contrapone una acción que tiende a la declaración negativa; y, viceversa, frente a una acción que tiende a la declaración negativa, él contrapone una acción que tiende a la declaración positiva.⁷⁰³

La relación procesal se inicia con la interposición de la demanda, momento en el cual el actor y el juez se hallan sujetos a determinados deberes procesales.⁷⁰⁴ Bajo el derecho de acción, que alude al interés protegido jurídicamente por el Derecho Procesal,⁷⁰⁵ se tiene que el actor en su demanda afirma la existencia de un hecho constitutivo, impeditivo o extintivo de un derecho, y deberá luego aportar al tribunal la prueba de los mismos para justificar su pretensión; el demandado, se ve precisado a oponer sus defensas, porque su silencio podrá ser interpretado como un reconocimiento tácito de los hechos en que se funda la demanda, y el juzgador, provee a las peticiones de ambos litigantes, interviene en el diligenciamiento de las pruebas ofrecidas y pronuncia su sentencia. Las partes no pueden proceder arbitrariamente, ni sus actos son independientes, sino que están condicionados entre sí y regulados por normas jurídicas.⁷⁰⁶

Con la citación y emplazamiento, el demandado tiene el deber de concurrir a juicio y oponer sus excepciones y defensas.⁷⁰⁷ Al efecto, es posible definir las excepciones como “la facultad procesal, comprendida en el derecho de contradicción en juicio, que incumbe al demandado, de pedir que los órganos

⁷⁰³ *Ibidem*, p. 258.

⁷⁰⁴ *Cfr.* Alsina, Hugo, *op. cit.*, p. 165.

⁷⁰⁵ Rocco, Ugo, *op. cit.*, p. 275.

⁷⁰⁶ *Cfr.* Alsina, Hugo, *op. cit.*, p. 152.

⁷⁰⁷ Para un mayor detalle de las actuaciones del actor y del demandado, pruebas, medios de prueba y alegatos, Véase Ovalle Fabela, José, *op. cit.*, pp. 49-186.

jurisdiccionales declaren la existencia de un hecho jurídico, que produzca efectos jurídicos relevantes, frente a la acción ejercitada por el actor.”⁷⁰⁸

Con la contestación de la demanda se integra la relación procesal, que produce dos efectos fundamentales, a saber: 1) Quedan fijados los sujetos de la relación procesal y 2) Quedan fijadas las cuestiones sometidas al pronunciamiento del juez. Producida la contestación el actor no puede variar su demanda ni el demandado sus defensas.⁷⁰⁹ Habrá modificación a la litis si varía alguno de los elementos de la acción, esto es, sujetos, objeto y causa.⁷¹⁰ En el proceso adquieren igualmente relevancia las pruebas, que se pueden concebir como un “conjunto de elementos, procedimientos y razonamientos por medio de los cuales se elabora, verifica y se confirma la reconstrucción de los hechos.”⁷¹¹

En cuanto al juez, éste no puede ocuparse en la sentencia de puntos o cuestiones no comprendidos en la litis. De esta manera, los puntos consentidos por las partes quedan eliminados de la discusión, así como los desistidos.⁷¹² Bajo esta dinámica el Poder Judicial asume fundamentalmente el rol de resguardar los valores constitucionales entre los ciudadanos y del Estado frente a los ciudadanos.⁷¹³ Fijada la Litis, se procederá con las alegaciones de hecho y de derecho, así como las pruebas de los hechos.

En este marco, es posible encontrar un interés de las partes en que el juez realice la declaración de las relaciones jurídicas concretas y substanciales deducidas en juicio, así todos los intereses protegidos por el derecho objetivo material deben encontrar su satisfacción en el proceso.⁷¹⁴ El juez carece de facultades para resolver fuera de aquello expresamente solicitado por las partes.

Como se ha mencionado, en la postura de Feteris las reglas de la pragmática dialéctica se circunscriben a analizar y evaluar la argumentación jurídica empleada

⁷⁰⁸ Rocco, Ugo, *op. cit.*, p. 264.

⁷⁰⁹ Cfr. Alsina, Hugo, *op. cit.*, p. 166.

⁷¹⁰ Cfr. Gheri, Carlos Alberto, *Responsabilidad de los jueces y juzgamiento de funcionarios*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003, p. 34.

⁷¹¹ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2011, p. 84.

⁷¹² Cfr. Alsina, Hugo, *op. cit.*, p. 168.

⁷¹³ Gheri, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 19.

⁷¹⁴ Cfr. Rocco, Ugo, *op. cit.*, pp. 255-257.

por el juzgador al emitir una decisión.⁷¹⁵ Sin embargo, con los *CLS*, y concretamente con Duncan Kennedy, se advierte la necesidad estar al pendiente a lo largo del proceso para determinar que la intención de privilegiar una ideología no afecte a las partes en juicio. Por lo anterior, se busca que más allá de la mención a la audiencia a la cual va dirigida la argumentación o la estructura de la argumentación, se individualice y asuma que las partes en juicio exigen una debida atención a sus actuaciones procesales.

El interés de respetar a las partes en juicio, en vinculación con la búsqueda de la sentencia deseada, exhortan a considerar que la labor argumentativa y decisoria del juzgador no se limita solamente a una consideración sustantiva o material para determinar cuál es la ideología adecuada para un momento dado. Junto con la dimensión material o sustantiva, la crítica a la neutralidad judicial también apunta a explorar los alcances procedimentales que tiene sobre las partes el actuar ideológico del juez para resolver una controversia.

Expresada la relación existente entre el juez y los justiciables, se procederá a indagar la manera en que el código de conducta para discutidores razonables proporciona criterios para restringir la libertad del juzgador que busca concretar un proyecto ideológico en su sentencia. Dicha aplicación refuerza la relevancia que adquiere que el juez respete debidamente a las partes en juicio, independientemente de lo que su sentido de la justicia le indique resolver.

IV. EL CÓDIGO DE CONDUCTA PARA DISCUTIDORES RAZONABLES COMO RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DEL JUZGADOR

1. Generalidades

Conforme a lo adelantado en los Capítulos Primero y Segundo, para Frans H. van Eemeren el modelo de discusión crítica “es un instrumento para hacer justicia a favor de los más vitales intereses culturales y sociales que pueden estar en juego

⁷¹⁵ Cfr. Feteris, Eveline T., “The judge as a critical antagonist in a Legal Process...”, *cit.*, p. 477.

en la práctica argumentativa.”⁷¹⁶ A partir del modelo de discusión crítica es posible reconstruir el discurso argumentativo para indicar la diferencia de opinión en cuestión durante la etapa de la confrontación; identificar las premisas de procedimiento y materiales acordados en la etapa de apertura que sirvieron como puntos de partida para la discusión; examinar los argumentos y las críticas que se desarrollaron en la etapa de la argumentación, conjuntamente con los tipos de argumentos que se utilizaron y las clases de argumentos que se expusieron y determinar el resultado de la discusión alcanzado en la etapa de conclusión.⁷¹⁷

Esta aproximación alude a una serie de elementos a considerar dentro del análisis y evaluación del discurso jurídico, al permitir identificar las etapas de una discusión y los puntos clave en cada etapa. A su vez, el modelo de discusión crítica se vincula con la razonabilidad entendida como “el uso adecuado de la razón en un contexto situado de comunicación e interacción.”⁷¹⁸ En este tenor, van Eemeren estima que las personas comprometidas en un discurso argumentativo se caracterizan por estar orientadas hacia la resolución de una diferencia de opinión y mantener ciertos estándares críticos de razonabilidad, además de esperar que las otras partes también lo cumplan.⁷¹⁹ El seguimiento de reglas de la discusión crítica y el código de conducta para discutidores razonables contribuyen a que el participante en un discurso pueda cumplir con ese estándar de razonabilidad indispensable para resolver una controversia.

En este contexto, bajo la exigencia de razonabilidad del juzgador en un Estado Constitucional de Derecho y ante la crítica a la neutralidad judicial formulada por los *CLS* e incluso ante las denominadas posibles situaciones intermedias y dudosas relativas al juzgador y de las partes,⁷²⁰ es conveniente indagar la manera en que el código de conducta para discutidores razonables de la pragma-dialéctica puede restringir el actuar del juez de decidir conforme a su sentido de justicia.

⁷¹⁶ Eemeren, Frans H. van, *Maniobras Estratégicas...*, cit., p. 28.

⁷¹⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 39-40.

⁷¹⁸ *Ibidem*, p. 66.

⁷¹⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 80.

⁷²⁰ Acerca de la enunciación de las posibles situaciones intermedias y dudosas relativas al juzgador y de las partes, Véase Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de Teoría General...*, cit., pp. 239-309.

Bentham, ya advertía que el Poder Judicial se encuentra circunscrito a: 1º Que una parte interesada tiene el derecho de poner en actividad al Poder Judicial; 2º Es necesario que las partes que pueden ser perjudicadas por las órdenes del juez puedan oponerse a ellas; 3º Es necesario que haya una prueba dada sobre algún hecho particular en que esté fundada la queja y se admitan pruebas contrarias a la otra parte, y 4º Donde reina la ley escrita, es necesario que la orden del juez sea conforme a lo que prescribe la ley.⁷²¹ Sin embargo, bajo la postura de un juez que busca llegar a la sentencia deseada, se requieren elementos adicionales que permitan reforzar las exigencias racionales y razonables del juzgador en el Estado Constitucional de Derecho, expuestas en la primera parte del Capítulo Tercero.

En general, se presume que el juzgador no puede tener interés alguno en una controversia, por lo que debe actuar con imparcialidad e independencia. La ausencia de un interés o un fin particular, apunta indirectamente a considerar que el juez adopte una actitud basada en el entendimiento (bajo la acción comunicativa) y no basada en el éxito propio (bajo una acción estratégica).⁷²²

Aquí el éxito propio, se podría reflejar en la intención del juzgador de buscar concretar un proyecto ideológico en una sentencia, en los términos a que refiere la crítica de la neutralidad judicial de los CLS, abordada en el Capítulo Tercero. Dicha referencia evoca a considerar lo que ya señalaba Alejandro Nieto, en el sentido de que los jueces “carecen de independencia en los casos políticamente sensibles y la fórmula milagrosa de autogobierno de nada sirve”.⁷²³ Para dicho autor incluso:

La dependencia no se refiere ya, por lo común, a la sumisión a la hora de tramitar (o no tramitar) y de decidir (lo que podríamos llamar dependencia reaccional u obediencia a unas instrucciones concretas) sino a la identificación previa y global del juez con los objetivos e intereses del Poder.

⁷²¹ Cfr. Bentham, Jeremías, *Tratados de Legislación Civil y Penal*, edición preparada por Magdalena Rodríguez Gil, Madrid, Editora Nacional, 1981, pp. 513-514.

⁷²² Cfr. Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2014, t. I, pp. 331-333.

⁷²³ Nieto, Alejandro, *El malestar de los jueces...*, cit., p. 104.

Con la consecuencia de que aquí no hacen falta instrucciones porque el juez no las necesita, se adelanta a ellas.⁷²⁴

Bajo este esquema Alejandro Nieto sostiene que “la sumisión de algunos jueces a la Política ha producido la servidumbre del Poder Judicial al Poder Político y la absorción de la Justicia por la Política.”⁷²⁵

Más allá de la sumisión de los jueces a la política y sus consecuencias reflejadas en los valores a privilegiar por esa “absorción de la justicia por la política”, se advierte la posible desconfianza en la función jurisdiccional por parte de la ciudadanía ante semejante vinculación con la política y el Derecho, en tanto que se podría percibir que no existe una debida atención a los individuos involucrados en una controversia o que el resultado ya estaría dado de antemano. Esta desconfianza apuntaría a buscar otras maneras (no necesariamente racionales) para resolver los conflictos, al grado de que incluso se pueda presentar una involución para recurrir a la fuerza para lograr tal fin,⁷²⁶ en tanto que se podría percibir que el juzgador no toma en consideración las manifestaciones y actuaciones de las partes y únicamente se guía por su arbitrio (o por cuestiones ajenas a la controversia planteada). De ahí que, ante fenómenos como la vinculación del juzgador con el Poder Político o el seguimiento de una ideología al momento de resolver una controversia (que no necesariamente significa una vinculación con el Poder Político), es menester contar con elementos objetivos y racionales que permitan restringir y guiar el actuar del juzgador.

En este punto, las reglas del discurso pueden coadyuvar a que los intereses e inclinaciones ideológicas del juzgador no menoscaben la función jurisdiccional. Al efecto, no se trata de imponer límites excesivos al actuar del juzgador, sino que se busca asegurar que su ideología e intereses, no afecten la función jurisdiccional, ni

⁷²⁴ *Ibidem*, p. 132.

⁷²⁵ *Ibidem*, p. 143.

⁷²⁶ En cuanto a la fuerza, es menester recordar que ésta era la más tendencia más primitiva y natural del hombre, y en donde la natural evolución social y jurídica, excluye y rechaza a la fuerza a medida en que se progresa. *Cfr.* Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 1984, p. 4.

la confianza depositada en el juzgador, y que en todo momento las partes en juicio tengan la certeza de que se les dará el debido respeto y consideración.

Es así como se retomarán los postulados del código de conducta para discutiendo razonables, en vinculación con las reglas del discurso crítico de la pragma-dialéctica, contemplados en los Capítulos Primero y Segundo, los cuales servirán de apoyo para tratar de reconducir el actuar razonable del juez a fin de proveer de mejor sentido sus sentencias (independiente de la ideología a la que se adscriba) tanto para brindar a las partes igualdad y libertad de participación, como para estudiar debidamente los puntos de partida (normas y principios jurídicos fundamento de la pretensión, excepciones y defensas) y argumentos vertidos por las mismas. Se estima que el adecuado comportamiento del juzgador puede dar seguridad a las partes de que no habrá afectación alguna a sus derechos por el seguimiento ideológico del juez. Dichos aspectos apuntan a identificar como ventajas del procedimiento reglado: el permitir dar un orden al discurso (en este caso, al razonamiento del juzgador), prever la manera en que se deben conducir los participantes en un discurso.

Conforme a lo mencionado en el numeral anterior, el empleo de las reglas pragma-dialécticas difiere del propuesto por Eveline T. Feteris, así como del análisis expuesto por Jürgen Habermas, referente a la racionalidad en la administración de justicia, a partir de las reglas discursivas,⁷²⁷ ya que lo que se pretende con la referencia discursiva de la pragma-dialéctica es contar con un esquema adicional para contextualizar las restricciones adicionales del juzgador en relación con las actuaciones procesales de las partes en el supuesto que de manera consciente o semi-consciente se tenga la intención de seguir su sentido de la justicia para la interpretación y aplicación del Derecho. Con base en dichas restricciones, se explorarán los alcances de las violaciones a dichas reglas, a partir de lo cual se desprenderán aquellos elementos tendientes a orientar el actuar razonable del juzgador al resolver una controversia.

⁷²⁷ En torno a la racionalidad de la administración de justicia, desde el punto de vista discursivo, Véase Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, 4a. ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2005, pp. 263-309.

2. Libertad e igualdad de los participantes en la etapa de confrontación (Regla 1)

La libertad de los participantes en el discurso, se pretende salvaguardar en la Regla 1 del código de conducta para discutidores razonables que postula que las partes no deben impedirse unas a otras el presentar puntos de vista o el ponerlos en duda.⁷²⁸ Dicha regla, contextualizada en la etapa de confrontación de la discusión crítica, se vincula con las reglas 1 (presentación y cuestionamiento de cualquier punto de vista), 2 (desafío a la defensa de un punto de vista), 3 (obligación de defender a partir de premisas y reglas de discusión concordadas), 6 inciso b (ataque y defensa del punto de vista a partir de su contenido proposicional y su fuerza de justificación o refutación) y 14 (ataque y defensa concluyente) de la discusión crítica de la pragma-dialéctica, que aluden a la prohibición de imponer condiciones preparatorias a la posición o el estatus del hablante o escritor y del oyente o lector y la posibilidad de participar en la discusión, atacar o defender un punto de vista, de lo cual se desprende que la libertad e igualdad son significativos para llevar a cabo una óptima solución de una controversia.⁷²⁹

Se estima que el interés por garantizar las condiciones de libertad e igualdad para participar en un discurso, es significativo para evitar alguna distorsión en la dinámica del discurso motivada por cualquier situación de poder, entendido como “la capacidad que un individuo o un conjunto de individuos tienen para afectar al comportamiento (o, en sentido quizás más general, a los intereses) de otro o de otros.”⁷³⁰ En este tenor, el intentar limitar la intervención de algún participante implicaría que sólo un individuo o grupo de individuos se encuentre en posibilidad de inferir en el comportamiento de otros, de manera injustificada, en tanto que no

⁷²⁸ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una teoría sistemática de la argumentación...*, cit., p. 184.

⁷²⁹ Se ha estimado conveniente incorporar al final del presente capítulo un cuadro con la relación del código de conducta para discutidores razonables con las reglas de la discusión crítica y las falacias que postula la discusión pragma-dialéctica. Dicha relación se ha obtenido de las obras Eemeren, Frans H. van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación, cit.*, pp. 177-182, y Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una teoría sistemática de la argumentación...*, cit., pp. 135-189.

⁷³⁰ Atienza, Manuel, *El sentido...*, cit., p. 131.

se proporciona al otro la posibilidad de intervenir, ni se le otorgan razones por las cuales se estima que no puede intervenir en un discurso.

El tema de la libertad e igualdad de los participantes en el discurso, ha sido objeto de estudio en Robert Alexy, quien refiere que dichos elementos, junto con la neutralidad y objetividad de los argumentos, son fundamentales de la teoría discursiva de la justicia.⁷³¹ Asimismo, Alexy refiere que la teoría del discurso exige que, cuando en una cuestión la resolución pública de conflictos de intereses y la formación de un ordenamiento común de individuos libres e iguales, se puedan tener en cuenta sólo los argumentos que son susceptibles de ser puestos a prueba, lo que implica que no se tendrá en cuenta en un discurso racional, o directamente se excluirá del mismo, a un individuo que cuestione los derechos a la libertad e igualdad, aduciendo razones de orden religioso, metafísico o mágico, en tanto que no son susceptibles de ser puestos a prueba.⁷³²

Habermas, por su parte, identifica que dentro de la libertad discursiva, se requiere: determinar el círculo de los participantes potenciales en el sentido de una inclusión sin excepción alguna de todos los sujetos que disponen de capacidad para participar en discusiones, garantizar a todos los participantes igualdad de oportunidades para aportar contribuciones a la discusión y poner de manifiesto los argumentos propios y establecer condiciones de comunicación bajo las cuales queda garantizado el acceso y el derecho a una participación igual en el discurso, sin que se dé una represión sutil y oculta.⁷³³ A su vez la igualdad de los participantes se vincula con una libertad en la elección de temas, así como en la inclusión de una mejor información y razones.⁷³⁴ Aplicado al Derecho, concretamente a los tribunales, para Habermas las partes no están obligadas a una búsqueda cooperativa de la verdad, sino que se vincula en que las partes hacen contribuciones a un discurso que desde la perspectiva del juez sirve a la obtención de un juicio imparcial.⁷³⁵

⁷³¹ Cfr. Alexy, Robert, "Justicia...", *cit.*, p. 166.

⁷³² *Ibidem*, pp. 170-171.

⁷³³ Cfr. Habermas, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de Ramón García Cotarelo, Barcelona, Península, 1985, p. 113.

⁷³⁴ Cfr. Habermas, Jürgen, *Facticidad...*, *cit.*, p. 301.

⁷³⁵ *Ibidem*, p. 303.

De lo anterior, se desprende que conforme a la Regla 1, el juez se encuentra restringido por el discurso jurídico en lo general y el código de comportamiento para discutidores razonables en lo particular, en tanto que tiene que permitir la participación libre y en condiciones de igualdad de los individuos en el discurso.

Trasladado al ámbito procesal, la libertad e igualdad entre las partes, estaría consagrada por la legislación sustantiva y procesal, que el juzgador deberá acatar para la admisión y estudio de las pretensiones, excepciones y defensas. En todo caso, las excepciones a la intervención de los participantes en un discurso requieren estar debidamente justificadas. El juzgador no puede impedir la intervención de alguna de las partes por adscribirse a una determinada ideología.

En la exposición de Kennedy, no se aprecia que la búsqueda de la sentencia deseada a partir de un proyecto ideológico pueda representar alguna posible amenaza para el cumplimiento de dicha regla, por cuanto a que, el juez requiere examinar la ley y la manera en que restringe, o en su caso, favorece la sentencia a la cual se quiere llegar.⁷³⁶ Bajo este examen, no se aprecia que el juez pretenda impedir la intervención de las partes, en tanto que tal impedimento generaría sospechas en la audiencia del por qué se excluye a determinado participante.

Conforme a lo expuesto en el Capítulo Tercero, la concepción del Derecho como un escenario de la lucha social de los *CLS* evoca a que en los juicios se puede dar una confrontación de dos proyectos ideológicos distintos, sin que el juez de inicio busque limitar la intervención de los participantes. En esta tesitura, el juez que busca llegar a la sentencia deseada parece tener noción de la restricción que se desprendería de la Regla 1 del código de conducta para discutidores razonables.

3. La etapa de apertura

A. Regla de la carga de la prueba

En la etapa de apertura adquiere notoriedad la Regla 2 del código de conducta para discutidores razonables, que supone que los discutidores tienen que

⁷³⁶ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la decisión judicial...*, cit., pp. 95-97.

defender el punto de vista que presenten cuando se les solicita hacerlo. Dicha regla, se vincula con el desafío (Regla 2), la obligación de defender (Regla 3), la asignación de roles (Regla 4) y el uso óptimo del derecho a defender (Regla 12) de la discusión crítica de la pragma-dialéctica, que igualmente retoman la obligación de defensa del punto de vista, hasta en tanto no exista una retractación, así como los roles de protagonista y antagonista que se desprenden de la discusión.

La restricción que se desprende de la Regla 2 es la necesidad de defender la decisión adoptada. En vinculación con el juez que busca llegar a la sentencia deseada, se aprecia que éste se encuentra obligado a defender la decisión, en tanto que como lo indica Kennedy, la justificación permitiría construir una “barrera protectora” que el otro bando sea incapaz de despojar o perforar.⁷³⁷ Así, la validez de la sentencia requiere que el proyecto ideológico pueda enmarcarse en las normas y principios jurídicos, conforme a lo expuesto en el Capítulo Tercero.

Al parecer el juzgador que busca llegar a la sentencia deseada, estaría consciente de la restricción que se desprende de la obligación de defender, y por consiguiente no vulneraría esta regla de defensa.

B. Regla del punto de vista

Dentro de la etapa de apertura es igualmente significativa la Regla 3, que supone que los ataques contra los puntos de vista no pueden referirse a un punto de vista que no haya sido efectivamente presentado por la otra parte. Dicha regla se vincula con las reglas número 2 (derecho de desafiar), 14 inciso c (defensa y ataque concluyente) y 15 (declarativos de uso) de la discusión crítica de la pragma-dialéctica.

Para van Eemeren y Grootendorst, esta regla se enfoca a que la discusión crítica se relacione correctamente con el punto de vista que ha presentado el antagonista y está diseñada para asegurar que los ataques y defensas de la argumentación se relacionen con el punto de vista que efectivamente ha sido presentado por el protagonista, de manera que una diferencia de opinión no puede

⁷³⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 120.

ser resuelta si el antagonista critica, en realidad, un punto de vista diferente y, como consecuencia, el protagonista defiende un punto de vista diferente.⁷³⁸

La restricción de la Regla 3, en relación con la actividad del juzgador, apunta a la pertinencia de circunscribir la decisión judicial a las pretensiones, excepciones y defensas vertidas por las partes, sin que pueda modificar en modo alguno los alcances de las mismas.

La consideración de los puntos de vista, la aborda igualmente Robert Alexy, para quien el anhelo de presentar las normas de justicia como principios, permite una consideración adecuada de todos los puntos de vista y es uno de los postulados fundamentales de la racionalidad, que permite lograr por un lado, un equilibrio racional entre los derechos de libertad liberales y derechos sociales fundamentales, y por el otro, una relación entre igualdad jurídica y de hecho, que a su vez expresa la idea de la justa medida, como corolario del reconocimiento de los otros compañeros discursivos a todos los efectos, y como miembros de una sociedad de libres e iguales.⁷³⁹ Como se puede apreciar, el profesor de la Universidad de Kiel, no sólo enfatiza la importancia de considerar los puntos de vista de los participantes en un discurso, sino incluso le asigna un papel en el equilibrio entre los derechos, lo cual tiene mayores alcances en relación con la postura que asume la pragmático-dialéctica para considerar los puntos de vista a que sostienen los participantes.

Igualmente, Neil MacCormick al aludir a Duncan Kennedy, mencionaba que la tarea de interpretación de lo “razonable” en un contexto dado es identificar los valores, intereses y similares que son relevantes en un determinado foco de atención.⁷⁴⁰ Dicho autor indica que no es razonable ignorar algún factor relevante, o tratar como relevante algo que debe ser ignorado; tampoco lo es el distorsionar de modo significativo el valor relativo de los diversos factores, y en este tenor, a pesar de que personas distintas pueden evaluar de modo distinto esos factores, y a pesar de que una variedad de evaluaciones puedan ser consideradas dentro de

⁷³⁸ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una teoría sistemática de la argumentación...*, *cit.*, p. 185.

⁷³⁹ Cfr. Alexy, Robert, “Justicia...”, *cit.*, pp. 169-170.

⁷⁴⁰ Cfr. MacCormick, Neil, “Razonabilidad...”, *cit.*, pp. 417-424.

rango de lo razonable en relación a ese balance, el rango tiene límites.⁷⁴¹ Como se puede apreciar, MacCormick reconoce la pertinencia de no distorsionar o presentar como relevante algo que en realidad no se pretendió.

Al retomar el seguimiento de una ideología para llegar a una sentencia deseada por parte del juzgador, se advierte cierta necesidad de cuidar el acatamiento o desacato de la Regla 3. Si bien el juzgador no ha de variar los alcances de las pretensiones, excepciones y defensas de las partes, sin embargo, si se puede advertir que el trabajo jurídico que realiza el juez puede apuntar a un enfoque distinto de las normas jurídicas sobre las cuales se sustentará la decisión, que invitarían a reconsiderar hasta qué punto tal enfoque puede afectar a las partes en juicio.

En efecto, de lo expuesto en el Capítulo Tercero, se desprende que en aras de llegar a una sentencia deseada, el juez emprende un trabajo jurídico a fin de transformar una aprehensión inicial de lo que el sistema de normas requiere, dados los hechos, así como una aprehensión nueva del sistema, en tanto aplique al caso, trabajo que a consideración de Kennedy, corresponderá a las preferencias extra-jurídicas del trabajador interpretativo.⁷⁴² A su vez, el trabajo empleado para transformar la aprehensión inicial de cuál es la norma aplicable y qué requiere, se convierte en un comportamiento estratégico en la interpretación, que supone tres tipos: 1) Encontrar los argumentos jurídicos que producirán el efecto de necesidad jurídica para un resultado diferente de aquel que apareció inicialmente requerido como auto-evidente; 2) tratar de hacer pasar lo que parecería ser una decisión judicial discrecional auto-evidente como una en la que hay un resultado particular que es requerido por los materiales, y 3) Tratar de desplazar un resultado jurídico inicialmente como auto-evidente con la percepción de la situación como una en la cual el juez está obligado a escoger entre alternativas jurídicamente permisibles.⁷⁴³

Aquí nos situaríamos en las operaciones correspondientes a la aprehensión inicial del material jurídico, la intención de realizar un ataque frontal a la ley, en tanto ésta se oponga al proyecto del juez y que se estima que lo mejor sería “cambiarla”,

⁷⁴¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 408-414.

⁷⁴² Cfr. Kennedy, Duncan, “Una alternativa de la izquierda fenomenológica...”, *cit.*, p. 370.

⁷⁴³ Cfr. *Ibidem*, pp. 370-372.

pues dicha norma legal es una anomalía, y la posterior apreciación del material jurídico, que se aludían en el Capítulo Tercero. En este intento por tratar de realizar el trabajo jurídico (para crear o deshacer la determinación), señala Kennedy que la pregunta no es qué cuenta oficialmente, como “fuentes”, sino qué elementos se buscan y se despliegan de hecho en el trabajo de la justificación.⁷⁴⁴

Visto desde la perspectiva del discurso implícito entre las partes y el juez, las operaciones anteriormente mencionadas podrían representar un distanciamiento a la Regla 3, en tanto que el juez partiría de una interpretación de la norma (e incluso de la pretensión) con un alcance distinto de lo que las partes en el juicio han concebido de la legislación sobre la cual se funda una pretensión jurídica (o las excepciones y defensas). Dicha interpretación al parecer se ajustaría a la búsqueda de la justicia que ha asumido el juzgador, que indirectamente inclinaría el resultado hacia aquella parte con la que más simpatice ideológicamente el juzgador. Tal simpatía involucraría un alejamiento de la expectativa de neutralidad exigida al juzgador, ya que supondría favorecer aquellas ideologías, materializadas en las pretensiones, excepciones y defensas de las partes, que se asemejen al sentido de la justicia del juzgador. De esta manera, la posible presencia de la ideología en la decisión judicial, sí conlleva una afectación (aunque sea indirecta y de manera no intencional) hacia alguna de las partes en juicio.

La posibilidad del alejamiento entre el juzgador y las partes, por buscar una sentencia deseada, apuntaría a la crítica que se ha formulado en cuanto a que “el jurista vive aislado en el peñón de su yo, incapaz de salir de él para emitir con eficacia sus mensajes y, simétricamente, no se encuentra obligado a aceptar los mensajes que le llegan, puesto que puede seleccionar, con aparente libertad, los que considera oportunos.”⁷⁴⁵

Por ello, la restricción que se desprende de la Regla 3 apunta a enunciar que el juez requiere considerar debidamente las actuaciones de las partes, y no puede alterar ni modificar, directa o indirectamente, el sentido de la acción (excepciones y defensas) en aras de buscar la sentencia deseada. De esta manera,

⁷⁴⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 372.

⁷⁴⁵ Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 41.

la referencia a las partes en juicio pretende apuntar a reconsiderar la complejidad de la decisión judicial, ya que además de la interpretación y aplicación del Derecho, es pertinente dar la debida atención a las actuaciones y argumentos de los otros sujetos procesales.

4. La etapa de la argumentación

En la etapa de la argumentación se ubican las reglas 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del código de conducta para discutidores razonables. Al efecto, ya se ha aludido a la Regla 3, la cual se vincula con las otras tres etapas de la discusión crítica. En ese tenor, se expondrán los alcances de las reglas de la relevancia, premisa implícita, punto de partida, de validez y del esquema argumentativo. Con dichas reglas, se continuarán con los esfuerzos para indagar otras posibles restricciones al juzgador, a partir de las cuales sea posible incorporar lineamientos adicionales para orientar el actuar razonable del juez. La nota particular que se buscará identificar es la manera en que las reglas en la etapa de argumentación apuntan a considerar el debido respeto a las partes en juicio.

Como se veía en el Capítulo anterior, la exigencia de la debida argumentación para sustentar una decisión, se encuentra igualmente reconocida por el Realismo Jurídico Norteamericano y los Estudios Críticos del Derecho, con lo cual el juzgador parecería estar consciente de la restricción que impone la argumentación jurídica en la decisión judicial.

Pese a que existe cierto reconocimiento de la aceptación de los deseos e inclinaciones que disponen a la elección de fines de la acción,⁷⁴⁶ y de las ideologías en la decisión judicial –con el debido respaldo argumentativo- y pese al reconocimiento a que apunta Zagrebelsky, de que “los jueces entonces, por cuanto sean desinteresados respecto a los intereses concretos hechos valer en el proceso, están sin embargo institucionalmente interesados en la realización del derecho de acuerdo con la controversia,”⁷⁴⁷ se estima pertinente reiterar que en la etapa

⁷⁴⁶ Cfr. Habermas, Jürgen, “Intención, convención e interacción lingüística”,..., *cit.*, pp. 269-271.

⁷⁴⁷ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional? ...*, *cit.*, p. 22.

argumentativa el juez requiere considerar a las partes en juicio, y valorar debidamente sus pruebas y argumentos expuestos para resolver una controversia.

Si bien, en materia procesal existen disposiciones para indicar los requerimientos formales a seguir en la emisión de las sentencias (y que representarían una restricción al juzgador dada por la norma para impedir que lleguen a la sentencia deseada),⁷⁴⁸ la referencia a la pragma-dialéctica puede aportar elementos teóricos para reflexionar sobre la importancia de las partes, la debida argumentación, claridad y precisión que han de tener las sentencias.

A. La regla de la relevancia

La regla de la relevancia (Regla 4) establece que una parte sólo puede defender su punto de vista presentando una argumentación que esté relacionada con ese punto de vista.⁷⁴⁹ Dicha exigencia discursiva se vincula con las reglas de discusión crítica números 6 (incisos a y c), referente a la argumentación en el ataque y defensa de los puntos de vista, así como con la regla 8 (procedimiento de prueba intersubjetivo), que en conjunto ya se vinculan con los presupuestos de argumentación jurídica exigidos al juzgador para emitir sus decisiones, aludidos en el Capítulo Tercero.

La restricción que se desprende de la Regla 4 es que el juzgador tiene que argumentar debidamente su decisión. En una primera aproximación, se estima que el juez que busca llegar a la sentencia deseada está consciente de lo significativo que resulta la defensa de su decisión por medios argumentativos. Como lo aduce Duncan Kennedy, el juzgador requiere cuidar su prestigio y demostrar que en todo momento su actuar se encuentra ajustado a Derecho, para lo cual emprende la tarea

⁷⁴⁸ A manera de ejemplo, es posible identificar los requisitos formales de la sentencia en materia civil en el Derecho Positivo Mexicano se encuentran contemplados en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículos 222, 345 a 353 del Código Federal de Procedimientos Civiles, así como en los artículos 81, 82 y 83 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

⁷⁴⁹ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una teoría sistemática de la argumentación...*, cit., pp. 185.

de buscar un buen argumento jurídico o una norma que se ajuste al sentido de la sentencia del juez e incluso reformular los hechos.⁷⁵⁰

La búsqueda de la sentencia deseada, inicialmente no representa una posible desestimación a la obligación de argumentar. En este rubro lo que valdría la pena considerar es la materia sobre la cual se argumenta y qué ideología se busca privilegiar. Aquí resulta auxiliar la hermenéutica de la sospecha, que permita determinar la ideología que se ha privilegiado en una decisión judicial, por qué se optó por tal ideología y cómo se llegó a ella, es decir, cuáles fueron los argumentos empleados.

Sin embargo, la precisión en cuanto a la argumentación, bajo la óptica del juzgador que busca llegar a una sentencia a partir de un proyecto ideológico, se pondría en duda si se retoma el alcance del razonamiento jurídico, entendido como un trabajo con el propósito de hacer que el caso se resuelva conforme al sentido de justicia del juzgador a pesar de aquello que en primera instancia pueda parecer como resistencia u oposición,⁷⁵¹ así como la operación de la configuración del campo tendiente a generar una imagen de necesidad jurídica que favorezca la posibilidad de concretar su sentido de la justicia en la decisión.⁷⁵²

En este tenor, adquiere relevancia la Regla 4, en tanto que parece que la intención de resolver conforme al sentido de la justicia puede conllevar la posibilidad (aunque remota) de dar un alcance distinto a la norma jurídica, ajena a la controversia planteada. Lo anterior, apunta a considerar una restricción adicional a partir de la Regla 4, consistente en emplear una argumentación relevante y evitar emplear una argumentación sin relación con el punto de vista en discusión (en este caso, con la controversia planteada) o la manipulación de los sentimientos de la audiencia.

Como parte de esa racionalidad, se requiere que el juzgador realice una debida valoración de los diversos medios de prueba y en donde las normas procesales pueden proporcionar criterios para determinar la manera en que se puede realizar dicha valoración. Pese a la libertad de valoración de las pruebas, el

⁷⁵⁰ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la decisión judicial...*, cit., p. 111.

⁷⁵¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 119-120.

⁷⁵² Cfr. *Ibidem*, pp. 168-171.

juez no tiene arbitrio en la deducción, ya que requiere acatar las reglas de la lógica y de la experiencia común.⁷⁵³ En este punto, las partes están obligadas a especificar los elementos constitutivos de la demanda y contestación a la demanda,⁷⁵⁴ de tal manera que proporcionen elementos al juzgador susceptibles de ser considerados al momento de resolver. A su vez, esta regla se vincula con la pertinencia de admitir y valorar las pruebas en función de lo aducido por las partes, y en su caso contar con criterios objetivos para desechar o excluir las pruebas.⁷⁵⁵

Igualmente, bajo la Regla 4 se tendría una expectativa de excluir cualquier proposición que se vinculara con sentimientos o emociones. De esta manera, el juez no puede emplear cualquier enunciado, precedente, norma o principio para justificar su decisión, ni puede dejarse influenciar por su sentir o simpatía para resolver una controversia.

La restricción que se desprende de la Regla 4, no debe entenderse sólo como una limitación del juzgador de constatar pasivamente cuál de las partes ha vencido,⁷⁵⁶ sino que apunta a un empleo de argumentaciones racionales y acordes a lo expuesto por las partes. De esta manera, la Regla 4 enfatizaría la restricción que tiene el juzgador para emplear una argumentación racional que refiera a la materia de la litis planteada por las partes.

B. La regla de la premisa implícita

La Regla 5 del código de conducta para discutidores razonables, supone que los discutidores no pueden atribuir falsamente premisas implícitas a la otra parte, ni desconocer su responsabilidad por sus propias premisas. Al efecto, una diferencia de opinión no puede ser resuelta si el protagonista trata de evadir su

⁷⁵³ Cfr. Micheli, Gian Antonio, *op. cit.*, p. 156.

⁷⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 161.

⁷⁵⁵ Adicionalmente a las normas procesales, es conveniente aludir a las reglas de la exclusión de la prueba a que refiere Bentham, consistentes en: 1) No producir un daño mayor que el que se quiere evitar; 2) No excluir un beneficio mayor por un beneficio menor; 3) No producir un daño preponderante queriendo conseguir un beneficio cualquiera, y 4) No excluir un beneficio preponderante tratando de excluir un daño. Cfr. Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, s/t, Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2002, p 253.

⁷⁵⁶ Cfr. Micheli, Gian Antonio, *op. cit.*, p. 164.

obligación de defender una premisa implícita o si el antagonista distorsiona una premisa implícita, por ejemplo, exagerando su alcance.⁷⁵⁷

Dicha regla se vincula con las Reglas 8 (procedimiento de prueba intersubjetivo) y 9 (ataque y defensa de los puntos de vista concluyentemente) del procedimiento de discusión crítica, las cuales que detallan la manera en que se considera que se ha defendido o atacado el contenido proposicional o la fuerza de justificación o de refutación de la argumentación.

Las premisas implícitas, corresponden a aquellos elementos de la argumentación que son dejados de lado o no expresados, pero que están presentes implícitamente en la argumentación.⁷⁵⁸ Lo anterior apunta a que el juzgador sólo puede aludir a aquellas pretensiones, excepciones y defensas que expresamente hayan hecho valer y hayan acreditado las partes; en el mismo sentido, el juez no puede invocar en su decisión aquellos aspectos que no se desprendan de las constancias procesales, ni puede tergiversarlas o modificarlas en aras de buscar su sentido de justicia. Así, la restricción que en general se desprende de esta regla se encuentra vinculada con la pertinencia de argumentar debidamente la decisión a partir de las actuaciones realizadas por las partes en juicio y la norma aplicable al caso concreto.

C. La regla del punto de partida

La Regla 6 del código de conducta para discutidores razonables dispone que una parte no puede presentar falsamente una premisa como si fuera un punto de partida aceptado, ni puede negar una premisa que representa un punto de partida aceptado. Al tenor de esta regla, se intenta asegurar que, cuando los puntos de vista son atacados o defendidos, el punto de partida de la discusión sea usado de manera apropiada. En todo caso, el protagonista y el antagonista deben saber cuál es su punto de partida común, quienes no pueden presentar algo como si fuera

⁷⁵⁷ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una teoría sistemática de la argumentación...*, cit., p. 186.

⁷⁵⁸ Cfr. Eemeren, Frans H. van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, cit., pp. 57-58.

un punto de partida aceptado, si no lo es, y tampoco puede una parte negar que algo sea un punto de partida aceptado, si lo es. De lo contrario, sería imposible para un protagonista defender concluyentemente un punto de vista –o atacarlo en el caso de un antagonista- sobre la base de premisas concordadas que pueden ser consideradas concesiones hechas por la otra parte.⁷⁵⁹

Dicha regla se vincula con las Reglas 5 (acuerdos en las reglas de discusión) y 7 (oportunidades del protagonista para la defensa y de ataque del antagonista) del procedimiento de la discusión crítica de la pragma-dialéctica.

La restricción que se desprende de la Regla 6 es el uso adecuado de las pretensiones, excepciones, defensas y procedimientos sobre las cuales se centra la controversia.

Al retomar los alcances de la Regla 6 del código de conducta para discutidores razonables con la Regla 5 de la discusión crítica, como bien apunta Feteris, es posible encontrar que las “reglas de la discusión” en un litigio, están fijadas por los códigos de procedimientos. Aquí, es posible encontrar que en esa búsqueda por evitar que los caprichos guíen la conducción del Estado de Derecho, el juez estaría consciente de la restricción que implica el seguir las normas jurídicas que regulan el procedimiento. De hecho, la intención de resolver conforme a la sentencia deseada, no parece centrar la estrategia en la materia procesal, en tanto que las estrategias del juzgador recaen sobre las normas sustantivas, lo cual refuerza la idea de que el juzgador sí tendría presente la restricción consistente en el acatamiento de las reglas procedimentales.

El punto que sí requeriría mayor atención como restricción radica en la vinculación de la Regla 5 del código de conducta para discutidores razonables con la Regla 7 de la discusión crítica, que establece los supuestos bajo los cuales se considera la defensa o ataque exitosos.

Nuevamente se podrían reconsiderar los alcances de lo que Kennedy concibe como el trabajo jurídico, consistente en reformular alguna parte de la estructura de las normas jurídicas y luego desplegar un repertorio de argumentos

⁷⁵⁹ Cfr. *Idem*.

jurídicos para justificar sus soluciones.⁷⁶⁰ Aunque en estricto rigor el trabajo jurídico recaiga sobre las normas jurídicas, sin embargo, sería conveniente determinar si esa intención por reformular las reglas ha considerado las pretensiones, excepciones, defensas, pruebas y argumentos expuestos por las partes en juicio. Valdría la pena indagar previamente los posicionamientos de las partes y la manera en que esa reformulación puede afectar a alguna de éstas y si se justifica dicha afectación. Si bien el juzgador ha de cuidar que su argumentación sea sólida al momento de interpretar o argumentar una norma, la misma no puede desconocer la contundencia en los ataques o defensas esgrimidos en juicio, y en este sentido es pertinente que el juez sea objetivo y preciso al momento de estudiar las actuaciones y valorar las pruebas de las partes.

Si bien se reconoce que las máximas de la experiencia han de servir para enjuiciar si los hechos y medios de prueba contienen o no lo que la parte quiere lograr con ellos, dichas máximas de experiencia, por sí mismas, no son nunca hechos relevantes engendrados de derecho, sino que constituyen solamente la medida con que el juez debe juzgar lo aportado por las partes.⁷⁶¹

De esta manera, la Regla 6 exhorta a considerar que el juzgador no es un ente aislado en el proceso de decisión y que por el contrario implicaría que el juzgador junto con una argumentación sólida en la interpretación y aplicación del Derecho, requiere considerar la contundencia de las pruebas y argumentos de las partes, y determinar si se seguiría el trabajo jurídico con la intención de reformular la norma o no para concretar su sentido de la justicia. De esta manera, es posible apreciar que la consideración a las partes en juicio y sus actuaciones procesales son una restricción adicional a la libertad del juzgador.

D. Regla de validez

La Regla de la validez del código de conducta para discutidores razonables contenida en la Regla 7, postula que un razonamiento que es presentado en una

⁷⁶⁰ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial...*, cit., pp. 119.120.

⁷⁶¹ Cfr. Stein, Friedrich, *El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*, trad. de Andrés de la Oliva Santos, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1988, p. 116.

argumentación, como formalmente concluyente, no puede ser inválido en sentido lógico. La regla en cuestión se vincula con las Reglas 8 (procedimiento de inferencia intersubjetiva) y 9 (ataque y defensa concluyente de los puntos de vista) del procedimiento de discusión crítica.

En concreto, dicha regla retoma la vinculación de la lógica en la argumentación, de manera que el carácter formalmente concluyente del razonamiento se sujeta a una validez lógica. Lo anterior, expone que quien participa en un discurso crítico requiere considerar igualmente la concepción formal de la argumentación, que incorpore las exigencias de la lógica y la forma de los argumentos.⁷⁶² La restricción que se desprende de dicha regla es que el juzgador ha de procurar que su argumentación tenga una validez lógica.

Bajo el supuesto del juzgador que busca llegar a una sentencia deseada, se aprecia que la lógica es significativa para construir un campo minado que permita ocultar la ideología que subyace en la sentencia y en convencer a la audiencia de que la decisión a que se ha llegado ha sido la correcta. En este sentido, el juzgador parecería estar consciente de la importancia que reviste la restricción proveniente de la lógica para sustentar su postura.

En todo caso, la Regla 7 del código de conducta para discutidores razonables permitiría dar un enfoque adicional a la lógica, en tanto que ésta ya no se circunscribiría a un conjunto de procedimientos sistematizados tendientes a lograr un resultado válido y correcto, sino que constituye un requerimiento exigido a los participantes de una discusión crítica, para sustentar concluyentemente una argumentación y ofrecer a la audiencia un esquema de razonamiento claro.

E. Regla del esquema argumentativo

La Regla 8 del código de conducta para discutidores razonables establece que la defensa concluyente de los puntos de vista requiere estar basado en un razonamiento formalmente concluyente, mediante esquemas argumentativos

⁷⁶² Para profundizar en torno a la concepción formal de la argumentación jurídica, Véase Atienza, Manuel, *El Derecho...*, cit., pp. 109-180.

apropiados que hayan sido correctamente aplicados. Dicha regla se vincula igualmente con las Reglas 8 (procedimiento de inferencia intersubjetiva) y 9 (ataque y defensa concluyente de los puntos de vista) del procedimiento de discusión crítica.

La restricción que se desprende de esta regla es que el juzgador requiere emplear esquemas argumentativos idóneos para defender de manera concluyente su decisión. El juez que busca llegar a la sentencia deseada tiene presente que requiere argumentar debidamente su decisión, sobre todo para “construir el campo minado” en la sentencia y dar la apariencia de necesidad jurídica.

En este punto, la pragma-dialéctica invita a considerar el ámbito estructural de la argumentación jurídica. Jurídicamente, además se podría reconsiderar la concepción material de la argumentación jurídica que permita distinguir las razones jurídicas y extrajurídicas,⁷⁶³ así como determinar si el contenido de la argumentación se ajusta a los valores e ideales del Estado Constitucional de Derecho.⁷⁶⁴ Excede de los alcances de la presente investigación indagar el tipo de restricciones que materialmente se impondrían al juez en su decisión. Por ahora bastaría indicar que una restricción adicional radica en que el juzgador materialmente requiere decidir conforme a los valores e ideales del Estado Constitucional de Derecho.

De la etapa argumentativa se desprende que si bien el juez tiene presentes las restricciones de razonar y argumentar debidamente su decisión, la pragma-dialéctica incorpora requerimientos adicionales para analizar y evaluar la argumentación, a partir de esquemas argumentativos encaminados a que el juzgador cumpla debidamente con la exigencia de justificación del Estado Constitucional de Derecho.

5. Regla de la conclusión

La regla de conclusión (Regla 9), forma parte de la etapa de Clausura que dispone que las defensas no concluyentes de los puntos de vista no pueden

⁷⁶³ En torno a la concepción material de la argumentación jurídica, Véase *Ibidem*, pp. 181-246.

⁷⁶⁴ En este punto, cobran importancia el valor de la persona, la tolerancia, la igualdad y los derechos fundamentales. Al efecto, Véase Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, 10a. ed., Madrid, Trotta, 2011, pp. 905-920.

conducir a mantener estos puntos de vista y las defensas concluyentes de los puntos de vista no pueden conducir a mantener expresiones de duda acerca de estos puntos de vista.⁷⁶⁵ Dicha regla se vincula con la Regla 14 (retractación del punto de vista o de la duda) de la discusión crítica de la pragma-dialéctica.

Dicha regla supondría que el juez no puede continuar en su intento de llegar a una sentencia deseada, si las partes han esgrimido argumentos y demostrado con pruebas que se han acreditado las pretensiones, o en su caso, excepciones y defensas. Lo anterior, supone nuevamente retomar lo aducido por Feteris, para quien el juez está obligado a adoptar un punto de vista neutral con respecto a los alegatos de las partes.⁷⁶⁶

En este punto se aprecia nuevamente que la pragma-dialéctica incorpora una restricción adicional a la libertad del juzgador, particularmente si se ve desde el marco de la discusión implícita del juzgador y las partes. En efecto, más allá de “construir el campo minado”, en el cual la ley y las directrices se ajusten a la ideología o a la sentencia deseada, se requieren estudiar las pretensiones (excepciones y defensas), pruebas y argumentos de las partes, las cuales no se pueden desestimar simplemente porque se distancian del sentido de la justicia a la cual quiere llegar el juzgador.

Lo anterior, exhorta a considerar lo que en síntesis refiere Ugo Rocco en cuanto a que el juzgador no puede conducirse de una manera absoluta e ilimitada, ni se puede valer de sus propias atribuciones y de los propios poderes para la consecución de fines o persecución de intereses, que no son los fines o intereses del Estado, sino fines o intereses propios; actuar de esa manera, implicaría realizar una actividad que no puede considerarse desde el punto de vista del Derecho, propia del Estado, y sería contraria a las tareas que se le han encomendado, es una actividad contraria al Derecho, y, por lo mismo ilícita.⁷⁶⁷ La advertencia que se podría formular a propósito de la postura de Rocco, radica en que el seguimiento de una ideología, no necesariamente se vincula con seguir intereses y líneas de acción

⁷⁶⁵ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una teoría sistemática de la argumentación...*, cit., p. 168.

⁷⁶⁶ Cfr. Feteris, Eveline T., *Fundamentos de la Argumentación Jurídica...*, cit., p. 262.

⁷⁶⁷ Cfr. Rocco, Ugo, *op. cit.*, pp. 103-104.

contrarias al Estado Constitucional de Derecho, en tanto que como se estudió en el Capítulo Tercero, existen dos o más posturas, ideologías o derechos que dentro de ese modelo de Estado pueden presentar una colisión. En todo caso, de la posición de Rocco se puede rescatar la limitación dirigida al juzgador en cuanto a que no puede ejercer la función jurisdiccional para sus propios fines o intereses.

Lo anterior refuerza la exigencia que se ha pretendido enunciar en la presente investigación en el sentido de que junto con el razonamiento y fuentes del Derecho, la intervención de las partes en juicio es relevante en la decisión judicial. Así, la actuación del juez no es aislada, ni se limita a seguir un proyecto ideológico, en tanto que existen individuos que depositan su confianza en él para decidir racional y objetivamente una controversia.

6. Regla general del uso del lenguaje

Previo a concluir este apartado se estima pertinente señalar que en todas las etapas de la discusión crítica, el juez no puede usar ninguna formulación que sea insuficientemente clara o confusamente ambigua, ni pueden malinterpretar deliberadamente las formulaciones de la otra parte, lo cual corresponde a la Regla 10 del código de conducta para discutidores razonables.⁷⁶⁸ Lo anterior se vincula con las Reglas 13 (regulaciones para la conducción adecuada de una discusión crítica) y 15 (declarativos de uso) de la discusión crítica.

La Regla 10 se encuentra diseñada para evitar los malos entendidos que surgen de formulaciones poco claras, vagas o equívocas en el discurso, conforme a lo indicado en el Capítulo Primero, lo cual impone la restricción al juzgador de emplear un lenguaje claro al emitir sus sentencias y a no incurrir deliberadamente en malas interpretaciones de la norma jurídica o de las pretensiones (excepciones y defensas de las partes) en aras de llegar a una sentencia deseada.

Para Habermas, el lenguaje es el medio de comunicación que une a los sujetos, el cual a su vez se puede percibir como acción intencional, en cuyo caso,

⁷⁶⁸ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una teoría sistemática de la argumentación...*, cit., pp. 188-189.

el lenguaje es entendido como el medio en que el actor manifiesta sus opiniones, tomas de postura, así como el contenido informativo de sus intenciones, o bien como un medio en el que a la luz de valores culturales y normas comunes se asegura un consenso entre los miembros de un grupo social acerca de las interpretaciones generales de situaciones.⁷⁶⁹

En este punto, se advierte una exhortación a considerar el cuidado del lenguaje como un aspecto significativo en la decisión judicial, el cual requiere del cumplimiento de una serie de exigencias formales y materiales para la formulación de los enunciados empleados. La particularidad que se ofrece es que el lenguaje puede ser el vehículo para transmitir las intenciones del hablante, lo cual evoca al análisis del sentido y propósito de un mensaje del emisor. Por ello, sería conveniente realizar un análisis al lenguaje que emplea el juzgador en su sentencia, a fin de identificar aquellos elementos que permitan advertir una posible mala interpretación de los posicionamientos y argumentos esgrimidos por las partes en juicio o incluso de la norma o principios jurídicos. Igualmente, la Regla 10 se encamina a que el juzgador haga un óptimo uso del lenguaje y emplee la objetividad, precisión y exactitud tanto al momento de acercarse a las pretensiones de las partes, como al momento de resolver.

De lo expuesto se desprende que el código de conducta para discutidores razonables impone restricciones adicionales al juez en su actuar, a efecto de que considere que en su decisión es necesario permitir la participación libre y en condiciones de igualdad de los individuos en un discurso; analizar debidamente las pretensiones, excepciones, defensas, pruebas y alegatos de las partes, así como justificar y argumentar debidamente su decisión. Pese a las limitaciones que ofrece dicho código, es posible sensibilizar al juzgador del diálogo (implícito) que asume frente a las partes, de suerte que la actividad del juzgador no solamente debe verse en relación con el orden jurídico como tal o frente a una audiencia (general) a la cual debe convencer, sino también requiere considerar la intervención de los otros participantes en el discurso.

⁷⁶⁹ Cfr. Habermas, Jürgen, "Intención, convención....", *cit.*, p. 278.

Bajo esta exposición, el juzgador se encuentra condicionado en primer lugar por el Derecho, que a través de las normas, principios y razonamiento jurídico encauzan la actividad del juzgador. En segundo lugar por un entorno, a partir del cual el juzgador elige una ideología que debe seguir y las circunstancias que pretende cambiar con tal seguimiento ideológico, y en tercer lugar por la actividad por otros individuos, que en este caso, se representarían primeramente por las partes en juicio, cuyas pretensiones, excepciones y defensas no se pueden desatender por intentar llegar a un resultado deseado. En este contexto, cualquier cambio que el juzgador quiera realizar a partir de la interpretación y aplicación del Derecho,⁷⁷⁰ requerirá circunscribirse a estos condicionamientos. Lo anterior contribuiría a recuperar la confianza en el actuar del juzgador, ya que se tendría una noción de las restricciones a que se encuentra sujeto por las fuentes del Derecho, el razonamiento jurídico y las actuaciones procesales de los justiciables.

Ante la ausencia de un método práctico para llevar a cabo el proceso deliberativo para realizar un acuerdo ante las diferencias,⁷⁷¹ las reglas discursivas advierten la importancia de la comunicación adecuada entre el juzgador con las partes en juicio, como un presupuesto significativo a emitir su decisión. De esta manera, independientemente de cuál sea la ideología a la que se adscriba el juzgador, es preciso dar un debido respeto por los individuos involucrados en una controversia. Con ello la pragma-dialéctica, coadyuva a incorporar elementos adicionales para reforzar el esquema bajo el cual el juez ha de justificar su decisión, dar el debido respeto a las partes en juicio, así como para asegurar la razonabilidad del juzgador en el Estado Constitucional de Derecho.

⁷⁷⁰ Para Karl Larenz, lo que se denomina el desarrollo del derecho superador de la ley, entre otras cosas supondría indagar si para un dado caso existe una respuesta desde la base de todo el orden jurídico vigente, o bien, indagar si se contravienen principios directivos del orden jurídico, en especial os de rango constitucional. Cfr. Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2001, pp. 418-429. Sin embargo, también se tendría que considerar que el juzgador que pretenda realizar cambios a través del Derecho, no puede desatender las acciones, excepciones y defensas de las partes.

⁷⁷¹ Cfr. Rawls, John, *Liberalismo...*, cit., pp. 255-260.

V. VIOLACIONES AL CÓDIGO DE CONDUCTA PARA DISCUTIDORES RAZONABLES

1. Alcances de las violaciones a las reglas del procedimiento.

En el apartado anterior, se aludió a las posibles restricciones al juzgador que se desprenden del código de conducta para discutidores razonables. Al parecer el juzgador que busca llegar a la sentencia deseada tiene conocimiento de la importancia de la argumentación, justificación y el debido empleo de las fuentes del Derecho para justificar su decisión. Bajo una discusión (indirecta) entre las partes y el juzgador, se advertiría que éste tiene una noción de las restricciones que impone la obligación de libertad e igualdad de los participantes (Regla 1) la obligación de defender (Regla 2) y la validez (Regla 7) que propone el código de conducta para discutidores razonables.

Sin embargo, de la pragma-dialéctica se desprenden restricciones adicionales que imponen mayores exigencias para considerar el punto de partida (pretensión, excepciones y defensas), el esquema argumentativo y la conclusión, a partir de una defensa o ataque concluyente, así como la prohibición de malinterpretar las aseveraciones de las partes en juicio. A partir de lo anterior, en el presente apartado se explorarán los alcances del desacato a las Reglas 3, 4, 5, 6, 8, 9 y 10 del código de conducta para discutidores razonables, por ser aquellas reglas que el juzgador puede transgredir en caso de intentar llegar a una sentencia deseada. Adicionalmente se aludirá a la manera en que la falta de estudio de los argumentos de las partes puede afectar indirectamente la libertad e igualdad de los participantes en un discurso, que se vincula con la Regla 1.

Conforme a lo expuesto en los Capítulos Primero y Segundo, la violación de este tipo de reglas origina las falacias, que para la pragma-dialéctica implica que no se pueda resolver adecuadamente una controversia y generaría dudas de si ha existido un comportamiento razonable del juzgador.

Habermas al referir a las patologías de la comunicación, exponía que las comunicaciones distorsionadas no violan normas de acción, sino presupuestos

universales de la comunicación que en modo alguno sufren mudanza al variar los contextos normativos.⁷⁷² Los presupuestos universales de la acción comunicativa que se transgredirían son la capacidad de los participantes de responder de sus actos (lo cual supone una superación al egocentrismo de la niñez y pueden distinguir entre la intersubjetividad del lenguaje, la objetividad de la naturaleza externa, la subjetividad de la naturaleza interna y la normatividad de la sociedad), y que los participantes se consideran mutuamente dispuestos al entendimiento (lo cual implica que están mutuamente dispuestos a actuar sobre la base de un consenso acerca de las cuatro pretensiones de validez inmanentes del habla, esto es, de la inteligibilidad, verdad, rectitud y veracidad, o a buscar un acuerdo.⁷⁷³

Al margen de la distinción entre la formulación y efectos que las distorsiones de la comunicación y del discurso a que alude Habermas y los autores de la pragmática dialéctica, es posible advertir que el comportamiento de los individuos es significativo para lograr una adecuada comunicación o en su caso, una adecuada solución de una controversia. Para efectos jurídicos, dicha referencia apunta a considerar la importancia del debido comportamiento del juzgador y de las partes para resolver adecuadamente una controversia. Bajo este enfoque las violaciones a las reglas apuntan a identificar igualmente los aspectos que generarían desconfianza en el juzgador, así como las irregularidades en que puede incurrir el juzgador, y la manera en que éstas en un momento dado, pueden dejar en estado de indefensión a las partes.

2. *Violaciones a la libertad de los participantes en el discurso (Regla 1)*

Conforme a lo indicado en el apartado anterior, la búsqueda de la sentencia deseada no se dirige directamente a la afectación de la libertad e igualdad de las partes en juicio, se estima conveniente realizar algunas referencias a los alcances de la posible violación a la libertad e igualdad de los participantes en el discurso

⁷⁷² Cfr. Habermas, Jürgen, “Consideraciones sobre patologías de la comunicación”, en *Teoría de la acción comunicativa...*, cit., p. 208.

⁷⁷³ Cfr. *Ibidem*, pp. 208-209.

para evitar restringir injustificadamente cualquier afectación a dicho presupuesto en el discurso.

Para la pragma-dialéctica es posible infringir la Regla 1:

- Con límites a los puntos de vista o dudas, mediante la falacia de declarar los puntos de vista como sacrosantos o de declarar los puntos de vista como tabúes.⁷⁷⁴
- Con la restricción de la libertad de acción a la otra parte, que puede ocurrir con: 1) la presión a la otra parte, ya sea con la falacia del garrote (*argumentum ad baculum*) o apelación a la piedad (*argumentum ad misericordiam*), o 2) ataque personal contra el oponente (*argumentum ad hominem*), con la falacia de lanzar una sombra de sospechas acerca de las motivaciones de la otra parte (ataque personal indirecto/variante “circunstancial”) o la falacia de señalar una contradicción en las palabras o en las acciones de la otra parte (variación del *tu quoque*).⁷⁷⁵

Las violaciones a la Regla 1, se ubican en la etapa de confrontación, dentro de la cual se establece que existe una disputa, bajo la presentación y puesta en duda de un punto de vista. Bajo esta regla no se puede excluir a algún individuo por cuestiones raciales, ideológicas o económicas, si el ordenamiento jurídico no se lo permite, ya que ello dejaría en estado de indefensión a una de las partes en juicio. Incluso, el obstaculizar la participación de algún sujeto procesal por empleo de la fuerza, de la piedad o incluso por sospechas infundadas, impediría que desde el ordenamiento jurídico se diera solución racional a problemas sociales, lo que expondría a los individuos a buscar otros medios para solucionar sus controversias, con el riesgo que dichos medios no sean racionales. En este orden de ideas, la violación a la regla de libertad generaría una desconfianza de la ciudadanía para solucionar sus conflictos a través de actos materialmente jurisdiccionales, en tanto

⁷⁷⁴ Cfr. Eemeren, Frans van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, cit., p. 178.

⁷⁷⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 178-179.

que se percibiría que injustificadamente se impide a un sujeto hacer valer sus derechos.

A fin de evitar una violación a la regla de libertad, resultan significativos dos aspectos: la concientización del juez de la importancia de la libertad de las partes en un juicio –en el sentido de no impedir injustificadamente su intervención y la actuación del órgano legislativo para establecer con claridad los derechos de los individuos, su exigibilidad ante las autoridades competentes y en su caso, fijar sanciones a aquellos individuos que impidan injustificadamente hacer valer un derecho o hacer valer las excepciones y defensas que tenga en su favor. En este último punto, se advierte nuevamente la importancia de mantener una adecuada relación entre la labor del legislador y del juzgador que ciertamente es significativa para el Estado Constitucional de Derecho.

3. *Violaciones a las reglas en la argumentación*

En general, el juzgador que busca concretar un proyecto ideológico en una sentencia, en ningún momento demerita el papel de la argumentación jurídica. Al contrario, como se indicó con antelación, la argumentación jurídica es significativa para generar un efecto de necesidad de que la decisión adoptada respondía a las exigencias del ordenamiento jurídico (y no a un proyecto ideológico, aunque en realidad así haya sido, en caso de que el juez haya tenido éxito en la búsqueda de la sentencia deseada, en los términos indicados en el Capítulo Tercero).

Al margen de lo anterior, valdría la pena referir a lo aducido por Arthur Schopenhauer para quien todo individuo desea imponer su afirmación, incluso aunque de momento le parezca falsa o dudosa,⁷⁷⁶ de manera que a cada cual su propia astucia y maldad le facilitan hasta cierto punto los medios para hacerlo, y en donde incluso, es frecuente dejarse confundir y refutar mediante una mera argumentación aparente cuando uno tiene en realidad razón, o al revés, y en donde el que sale vencedor de una discusión, muchas veces no se lo debe a la corrección

⁷⁷⁶ Cfr. Schopenhauer, Arthur, *El Arte de tener razón*, trad. de Jesús Alborés Rey, Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 18.

de su facultad de juzgar al exponer su tesis, sino más bien a la astucia y habilidad con las que lo defiende.⁷⁷⁷

Si bien se podría ahondar en el pensamiento de Schopenhauer, expuesto en la obra *El Arte de tener razón*, lo que resulta interesante destacar es que parecería que la victoria en una discusión se puede alcanzar mediante la habilidad (argumentativa) de un individuo. En una decisión judicial, sin embargo, esa habilidad se encuentra restringida tanto al contenido de la argumentación (a efecto de que se ajuste a las normas y principios propios del Derecho Constitucional), como al debido respeto a las partes en juicio, lo que reitera que la labor del juzgador no es ilimitada.

Bajo este esquema se procederá a indagar los alcances de las violaciones a las reglas del código de conducta en el supuesto de que el juzgador busque llegar a la sentencia deseada.

A. Violaciones a la carga de la prueba (Regla 3)

Las violaciones a la regla de la llamada carga de la prueba por parte de la pragma-dialéctica, se puede presentar bajo dos supuestos:

- Por atribuirle a la otra parte un punto de vista ficticio, lo cual podría ocurrir al presentar enfáticamente el punto de vista opuesto; con la referencia a las visiones del grupo al cual el oponente pertenece; la creación de un oponente ficticio (lo cual se vincula por la falacia del espantapájaros).⁷⁷⁸
- Distorsionar el punto de vista de la otra parte, lo cual acontecería si se sacan enunciados fuera del contexto o por simplificación o exageración excesiva (lo cual se vincula con la falacia del espantapájaros).⁷⁷⁹

Bajo el supuesto de que el juzgador busque llegar a la sentencia deseada a partir de un proyecto ideológico, en los términos mencionados en el Tercer Capítulo, la posible violación a la llamada regla de la carga de la prueba se puede

⁷⁷⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 18-19.

⁷⁷⁸ Cfr. Eemeren, Frans van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, cit., p. 179.

⁷⁷⁹ Cfr. *Idem*.

dar en el intento por distorsionar los argumentos vertidos para sustentar las acciones, excepciones y defensas invocadas por las partes en juicio (si no se ajustan a la ideología a la cual se adscribe el juzgador) o incluso dar una mala interpretación a la norma jurídica que no se ajuste a la ideología del juzgador. Aquí, ya sea en el contexto de la discusión (implícita) entre las partes y el juez, o incluso del juzgador frente a una audiencia a la cual busque convencer, se aprecia que en todo momento es preciso considerar debidamente las pretensiones, excepciones, defensas, pruebas y alegatos que esgrimen las partes o si se quiere la referencia a una fuente del Derecho, que integran los puntos de partida, por cuanto a que de la adecuada consideración de los puntos de partida dependerá la óptima resolución del caso.

La distorsión de los argumentos puede conllevar a atacar con facilidad los argumentos de la parte contraria.⁷⁸⁰ Si bien entre las partes, se puede incurrir en la violación a la Regla 3, sin embargo, las exigencias de neutralidad e imparcialidad del juzgador le impedirían realizar este tipo de distorsión para llegar a la sentencia deseada. Dicha cuestión en términos pragma-dialécticos reflejaría que el juez no se ha conducido razonablemente, lo cual indirectamente podría redundar en cuestionar la confianza al juzgador. Además, como ya se refería en los Capítulos Primero y Segundo, una distorsión de argumentos implicaría una inadecuada o “ficticia” resolución racional a una controversia.

Por otra parte, es posible advertir que la Regla 3 apunta a proveer sobre las acciones, defensas y excepciones que alegan las partes en un juicio, y proveer en su caso de la tutela jurídica correspondiente. El desacato a dicha regla puede conllevar a lo que procesalmente se conoce como una omisión de pronunciamiento o por exceso de actividad.⁷⁸¹ Si se toma como referencia la noción del juzgador a que alude Duncan Kennedy, en ocasiones el desacato a la Regla 3 no parece ser deliberado, particularmente si nos centramos en la hipótesis de que en ocasiones el juzgador es un actor ideológico que actúa semiconsciente.⁷⁸² Parecería ser más deliberado el actuar del juzgador si se percibe como un activista político que estima que una ley puede ser “injusta” y que no regula de manera igualitaria las diferencias

⁷⁸⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 126.

⁷⁸¹ Cfr. Micheli, Gian Antonio, *op. cit.*, pp. 152-153.

⁷⁸² Cfr. Kennedy, Duncan, “El comportamiento estratégico...”, *cit.*, pp. 52-54.

entre grupos de personas perfectamente identificables y en conflicto, ante lo cual el juzgador plantea una objeción política a la ley que buscará cambiar a través de la sentencia a la cual se desea llegar.⁷⁸³ Aquí el juez estima que las normas jurídicas las escogieron personas con un poder suficiente para optar conforme a su peculiar entendimiento de la moral, la justicia y sus propios intereses, las cuales parecerían seguir vigentes porque los grupos que han sido tratados injustamente no han tenido la visión política, energía y fuerza bruta para cambiarlas, ante lo cual el juzgador se percibe como foco de energía política capaz de generar cambios,⁷⁸⁴ de donde se advierte cierta intención de resolver bajo una premisa distinta de la planteada.

Al efecto, es significativo considerar si se acreditaron los hechos que justifiquen la aplicación de una norma jurídica determinada. Ciertamente, “la norma no se aplica correctamente si el hecho no se ha producido, es decir, si no se dispone de una determinación verdadera de las circunstancias empíricas que integran el “hecho” previsto por la norma”.⁷⁸⁵ Aún cuando la búsqueda de la sentencia deseada se centre en las normas jurídicas, sin embargo, vale la pena considerar en su justa dimensión los hechos, pruebas y alegatos del caso, a fin de no centrar la controversia en hechos o argumentos inexistentes o distorsionados.

Así, el estudio de las pruebas y los argumentos de las partes para defender o atacar una pretensión, es significativa para detectar en qué momento se puede presentar falsamente una premisa como si fuera un punto de partida aceptado o se niegue una premisa que representa un punto de partida aceptado. Lo anterior, exhorta a que el juez dé un debido estudio a los argumentos esgrimidos por las partes a efecto de que su decisión sea acorde a la fijación de la litis, y no únicamente por el sentido de la justicia del juzgador.

B. Violaciones a la regla de relevancia (Regla 4)

Las violaciones a la Regla 4 pueden ocurrir en los siguientes supuestos:

⁷⁸³ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la decisión judicial...*, cit., pp. 95-97.

⁷⁸⁴ *Ibidem*, pp. 104-105.

⁷⁸⁵ Cfr. Taruffo, Michele, *La prueba...*, cit., p. 67.

- La argumentación no tiene relación con el punto de vista en discusión, en cuyo caso se incurre en la falacia de la argumentación irrelevante.⁷⁸⁶
- El punto de vista se defiende por medios diferentes de la argumentación, lo cual implica que no exista argumentación, como podría ocurrir con la falacia de manipulación de los sentimientos de la audiencia (falacia patética) o la falacia de ostentación de las cualidades propias (falacia ética/abuso de autoridad).⁷⁸⁷

Se estima que el juez que intenta resolver conforme a una ideología, no puede proceder con un cambio en las pretensiones, excepciones y defensas esgrimidas, ni puede resolver más allá de lo aducido por las partes, al menos en un juicio en primera instancia, un aspecto que por lo regular se encuentra previsto en la legislación procesal, lo cual impediría que el juez pudiera vulnerar esta regla.

Aquí la referencia a la materia procesal es auxiliar para hacer efectivos los valores del Estado Constitucional de Derecho, ya que como lo indica Michele Taruffo, “no tiene sentido invocar valores como la legalidad, la corrección y la justicia de la decisión, si no se reconoce que la verdad de los hechos es condición necesaria para una correcta aplicación de la norma.”⁷⁸⁸ Hasta cierto punto, el desconocimiento deliberado e injustificado de las actuaciones procesales de las partes, conllevaría una dificultad para concretar dichos valores. En donde ya se apreciaría una violación a la regla es en la posibilidad de argumentar por medios diferentes a la argumentación, lo cual podría ocurrir por intentar manipular los sentimientos de la audiencia para convencer al auditorio.

Especial cuidado requerirían materias sensibles como la familiar o laboral, en donde, dada la naturaleza de los intereses en conflicto, es posible recurrir a las emociones para justificar una decisión. Lo que aspectos como la pragma-dialéctica exponen es que fundamentalmente se requieren emplear argumentos racionales,

⁷⁸⁶ Cfr. Eemeren, Frans van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, cit., p. 180.

⁷⁸⁷ Cfr. *Idem*.

⁷⁸⁸ Cfr. Taruffo, Michele, *La prueba...*, cit., p. 86.

para asegurar objetividad, y no aludir al tema de los sentimientos o al *pathos*,⁷⁸⁹ que por sí mismos son subjetivos y pueden conducir a la arbitrariedad.

En este punto, advertía Stephen Toulmin que incluso para que un razonamiento adquiriera un carácter retórico más sólido, se requería apelar a la razón, y no a una emoción, ya que a éstas no se les puede aplicar un criterio lógico.⁷⁹⁰ Aunado a lo anterior, Rudolf Stammler adelantaba el cuestionamiento de ¿qué sentimiento humano es el que debe tomarse en consideración?,⁷⁹¹ a lo cual refería que el sentimiento del Derecho hace imposible sustraerse a resultados de validez meramente subjetivos.⁷⁹²

En el mismo tema, Aarnio postulaba una consideración adicional que invita a privilegiar lo racional por encima de lo sentimental, ya que a su consideración si bien una justificación dirigida a una audiencia particular puede ser racional, y cumplir con las condiciones de racionalidad, también es posible encontrar, que la única intención sea influir en el auditorio a través de la persuasión, en cuyo caso, la justificación no sería racional o, al menos, contiene elementos no racionales.⁷⁹³ En materia jurídica un razonamiento no racional, implicaría hacer alusión a elementos distintos de las fuentes del Derecho, lo cual implicaría que las partes invoquen ante una segunda instancia la falta de fundamentación y motivación de la decisión. Aunque el juez busque convencer a la audiencia por la vía del sentimiento, la posibilidad de revocar la decisión por falta de fundamentación y motivación impediría que se concrete su sentido de la justicia en la decisión.

Si bien requeriría un estudio más abundante el tema de las emociones y sentimientos en el Derecho, por ahora basta decir que los esquemas argumentativos permiten analizar pormenorizadamente si la decisión fue racional y adoptada bajo criterios estrictamente jurídicos, y no por criterios subjetivos. Por ello, la Regla 4 exhorta al juzgador a emplear una argumentación relevante en su

⁷⁸⁹ Para una referencia del *pathos* en la pragma-dialéctica, Véase *Ibidem*, pp. 129-130.

⁷⁹⁰ Cfr. Toulmin, Stephen, *Reason in Ethics*, Cambridge University Press, 1964, pp. 185-201.

⁷⁹¹ Cfr. Stammler, Rudolf, *op. cit.*, p. 64.

⁷⁹² Cfr. *Ibidem*, p. 73.

⁷⁹³ Cfr. Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable...*, *cit.*, p. 282.

decisión y omitir referencias injustificadas a otros aspectos no jurídicos, como los sentimientos, cuya validez y objetividad son difíciles de demostrar.

C. Violaciones a la regla de la premisa implícita (Regla 5)

Las violaciones a la Regla 5 pueden ocurrir en los siguientes supuestos:

- Se añade una premisa implícita que va más allá de lo que está garantizando, en cuyo caso, se estaría en presencia de la falacia de agrandamiento de una premisa implícita.⁷⁹⁴
- Se rechaza la aceptación del compromiso de una premisa implícita implicada por la defensa de uno, en cuyo caso se incurriría en una falacia de negación de la premisa implícita.⁷⁹⁵

Si se considera que motivar es dar cuenta del porqué de lo resuelto, y que para efectos discursivos implica ser intersubjetivamente valorado, para lo cual ha de exteriorizarse y contar con presupuestos explícitos suficientemente identificados para dar la imprescindible transparencia al discurso de soporte, a efecto de hacerlo susceptible de control racional,⁷⁹⁶ la violación a la regla de la premisa implícita conllevaría que el juez aludiera a cuestiones no expresamente planteados por las partes para resolver una controversia.

Salvo que por ley se permita la suplencia de la queja, el juez no se encuentra facultado para invocar aspectos que no han sido aludidos por las partes, ni debidamente probados. Con ello, la violación a la Regla 5 incide en una falta de motivación y fundamentación de la decisión.

⁷⁹⁴ Cfr. Eemeren, Frans van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, cit., p. 180.

⁷⁹⁵ Cfr. *Idem*.

⁷⁹⁶ Cfr. Andrés Ibáñez, Perfecto, "Sobre prueba y motivación", en Taruffo, Michele *et. al*, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Fontamara, 2011, pp. 83-84.

D. Violaciones a la regla del punto de partida (Regla 6)

En la pragma-dialéctica, las violaciones a la regla del punto de partida se pueden cometer bajo los siguientes supuestos:

- Se mezclan puntos de partida por parte del protagonista, negando falsamente que algo es un punto de partida aceptado, en cuyo caso se incurre en la falacia de la negación falsa de un punto de partida aceptado.⁷⁹⁷
- Se mezclan puntos de partida del antagonista falsamente, presentando algo como un punto de partida aceptado. Aquí es posible ubicar la falacias de: empleo falso de presuposiciones en la construcción de aserciones; el hacer un uso falso de las presuposiciones en la formulación de preguntas (falacia de las preguntas múltiples) y del uso de un argumento que sostiene lo mismo que el punto de vista (falacia circular o petición de principio).⁷⁹⁸

Si a las anteriores violaciones, se agregan las consecuencias del desacato a las Reglas 5 y 7 de la discusión crítica, se tiene que el juzgador incurrirá en una violación a la Regla 5 si desacata las normas procedimentales que está obligado a seguir, en cuyo caso, la parte que se considere afectada podrá interponer el medio de defensa procedente. En el caso de la transgresión a la Regla 7, es posible advertir que la búsqueda de la sentencia deseada a partir de la reformulación de hechos o normas, puede desestimar los alcances de las defensas o ataques exitosos que se desprenden de las actuaciones procesales. Si bien en materia procesal se reconoce cierta libertad al juzgador para la valoración de la prueba, ésta requiere estar debidamente fundada y motivada y en ningún momento se puede subordinar a la búsqueda de la sentencia deseada del juzgador.

⁷⁹⁷ Cfr. Eemeren, Frans van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, cit., p. 180.

⁷⁹⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 180-181.

La violación a la regla del punto de partida evoca a reflexionar acerca de la vinculación existente entre los derechos sustantivos y los de carácter procesal, y en donde el juzgador no puede desacatar las reglas de carácter procesal, ni relegar el papel de las partes en juicio, ya que ello implicaría que no ha resuelto debidamente la controversia, lo que podría generar desconfianza en la labor jurisdiccional.

E. Violaciones a la regla de validez (Regla 7)

La regla de validez se puede transgredir:

- Mediante razonamientos que tratan una condición necesaria como condición suficiente, que se vincula con la falacia de negación del antecedente o de la afirmación del consecuente.⁷⁹⁹
- Mediante razonamientos que confunden las propiedades de las partes y del todo, lo cual acontecería con la falacia de la división y de la composición.⁸⁰⁰

La violación a la Regla 7 se vincularía con la desestimación indebida de las pruebas, en aras de llegar a la sentencia deseada. En este tenor, el juzgador que busque llegar a una sentencia a partir de su ideología, requiere considerar las normas de carácter procesal, que le fijan el estudio de las pruebas ofrecidas, su alcance probatorio y argumentos, cuyo estudio no puede quedar al arbitrio del juzgador, ya que ello implicaría dejar en estado de indefensión a una de las partes, quien en su caso, podría interponer el medio de defensa procedente.

F. Violaciones a la regla del esquema argumentativo (Regla 8)

Dentro de la violación a la Regla 8 del código de conducta para discutidores razonables se encuentran como supuestos:

⁷⁹⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 181

⁸⁰⁰ Cfr. *Idem*.

- Empleo de un esquema argumentativo inapropiado, en cuyo caso se podría cometer la falacia populista (relación sintomática) y de los hechos confusos con juicios de valor (relación causal).⁸⁰¹
- La aplicación de un esquema argumentativo incorrecto, que se vincula con las siguientes falacias: de la autoridad (relación sintomática) (*argumentum ad verecundiam*); de la generalización apresurada (relación sintomática) (*secundum quid*); de la falsa analogía (relación de analogía); *post hoc ergo propter hoc* (relación causal) o de la pendiente resbaladiza (relación causal).⁸⁰²

La violación a la Regla 8 se vincula con una deficiente argumentación del juzgador. Conforme a lo señalado en los Capítulos Primero y Segundo, en el caso de la pragma-dialéctica se propone analizar la argumentación mediante esquemas argumentativos que permitan identificar el tipo de argumentos empleados, la subordinación y los implícitos de la argumentación.

Dichos esquemas advierten nuevamente la pertinencia de resolver una controversia sobre bases racionales, que jurídicamente serán indicativos para evitar la subjetividad o el empleo de argumentos de autoridad para sustentar una decisión.

4. Violaciones en la etapa de clausura (Regla 9)

En la etapa de clausura, la violación al código de conducta para discutidores razonables se puede dar en los siguientes términos:

- Cambios en la conclusión por parte del protagonista, que se vincula con la falacia que rechaza retractarse de un punto de vista que no fue exitosamente defendido o la que concluye que un punto de vista es verdadero porque ha sido defendido exitosamente.⁸⁰³

⁸⁰¹ *Cfr. Idem.*

⁸⁰² *Cfr. Idem.*

⁸⁰³ *Cfr. Idem.*

- Cambios en la conclusión del antagonista, los cuales se relacionan con la falacia que rechaza el retiro de la crítica de un punto de vista que fue exitosamente defendido y aquella que concluye que un punto de vista es verdadero porque lo opuesto no fue exitosamente defendido (argumentum ad ignorantiam).⁸⁰⁴

La violación a la Regla 9, implicaría por un lado que el juzgador no ha defendido concluyentemente su decisión al no apoyarla con sustentos jurídicos y racionales. Bajo una discusión implícita entre el juez y las partes, es menester que el juez determine si el actor probó su acción o no. Ciertamente no se puede emprender la búsqueda de la sentencia deseada sin atender las pruebas y alegatos de las partes que robustezcan la pertinencia de considerar las actuaciones de las partes debidamente en la decisión judicial.

En este punto, se aprecia la vinculación entre las reglas de apertura, confrontación, argumentación y conclusión, que en un juicio implicarán que exista una adecuada fijación de las acciones, excepciones y defensas invocadas por las partes, debido estudio de las actuaciones procesales, así como la pertinente interpretación y aplicación de las normas jurídicas, que permitan decidir adecuadamente una controversia.

5. Violaciones al uso del lenguaje (Regla 10)

Las violaciones al uso del lenguaje pueden ocurrir en dos supuestos:

- Falta de claridad (implicitación, indefinición, falta de familiaridad, vaguedad).⁸⁰⁵
- Empleo incorrecto de la ambigüedad (falacia de ambigüedad).⁸⁰⁶

⁸⁰⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 182.

⁸⁰⁵ Cfr. *Idem*.

⁸⁰⁶ Cfr. *Idem*.

La enunciación de las violaciones a la Regla 10 del código de conducta para discutidores razonables exhorta al juzgador a realizar un correcto uso del lenguaje mediante el cual ha de comunicar su decisión tanto a las partes en juicio como a la audiencia en lo general. La falta de claridad o la ambigüedad no pueden emplearse como estrategias por parte del juzgador para llegar a la sentencia deseada. La Regla 10 advierte la importancia de tener noción del adecuado empleo del lenguaje, a efecto de indagar el posible empleo del lenguaje para distorsionar aquellas posturas que no se ajusten a la sentencia deseada.

Un factor adicional que indirectamente incide en la violación de la Regla 10 es la mala interpretación de la ideología contraria subyacente en las alegaciones de las partes o contenida en la norma jurídica. Si bien puede ser deliberada la mala interpretación en aras de llegar a la sentencia deseada, también puede ocurrir que el juez no tenga familiaridad con alguna ideología en particular e incurra en la falacia de ambigüedad, falta de familiaridad o vaguedad.

En este supuesto, se apreciaría que el conocimiento o desconocimiento de la ideología se puede vincular con una adecuada interpretación de las normas jurídicas que sustenten las acciones, pretensiones o excepciones de las partes. Lo anterior conllevaría a que el jurista se sensibilice en torno a la influencia de la ideología en la interpretación y creación del Derecho, así como en la manera en que la ideología subyace en las normas y principios jurídicos. Más allá de prohibir o inhibir que el juzgador asuma un determinado proyecto ideológico, se busca que en ningún momento la ideología afecte indebidamente a las partes en juicio,⁸⁰⁷ de ahí que se reitere que el problema de la libertad y restricción de la decisión judicial no se circunscribe solamente al seguimiento de una ideología (la que en todo momento ha de ajustarse a los valores del Estado Constitucional de Derecho).

Como se puede apreciar, la búsqueda de la sentencia deseada también se puede restringir por exigencias discursivas provenientes del procedimiento de

⁸⁰⁷ En todo caso, es pertinente invocar a Friedrich Nietzsche para quien todos los fines y las metas y los sentidos, son modos de expresión y metamorfosis de la voluntad de poder, de manera que tener, fines, metas, intenciones, querer en líneas generales, es un tratar de devenir más fuerte, un querer crecer querer también los medios necesarios para ello. *Cfr.* Nietzsche, Friedrich, *La voluntad de poder*, trad. de Aníbal Froufe, EDAF, Madrid, 2000, pp. 448-449.

discusión crítica y del código de conducta para discutidores razonables de la pragma-dialéctica, que apuntan a considerar la importancia de argumentar debidamente una decisión judicial, así como considerar la trascendencia que adquieren las partes en un juicio.

La intención de aludir a otro tipo de restricciones, adicionales a las normas, al razonamiento jurídico o al tipo de ideología del juzgador, es apuntar a los obstáculos que enfrentará el juzgador previo a concretar un proyecto ideológico en la decisión judicial. Dichos obstáculos pueden ser incluso de carácter discursivo y procesal, que apuntan a exigir que el juzgador realice una debida valoración a las actuaciones procesales de los justiciables.

VI. LA DISCUSIÓN CRÍTICA EN EL REFORZAMIENTO DE LA ORIENTACIÓN DEL ACTUAR RAZONABLE DEL JUZGADOR

1. *Hacia una orientación razonable del juzgador*

En los apartados precedentes, se ha expuesto la manera en que las reglas de la pragma-dialéctica pueden restringir el actuar del juez que busca llegar a una sentencia deseada a partir de su ideología, así como los alcances de las violaciones a dichas reglas. Expuesto lo anterior, se busca transformar la formulación de dichas reglas en elementos orientadores del actuar razonable del juzgador que permita dotar de mejor sentido sus sentencias y reafirmar la credibilidad del juzgador.

Aquí se podría retomar la noción de creencia que da Habermas, que significa excluir que alguna persona pudiera estar pensando algo distinto de lo que dice, así la vivencia de certeza que acompaña a cada acto de fe en una persona, se debe a las interacciones en las que ha hecho experiencia de la veracidad del afectado, y en donde la certeza de fe depende de experiencias comunicativas.⁸⁰⁸

⁸⁰⁸ Cfr. Habermas, Jürgen, “Teoría de la Verdad”, en *Teoría de la acción comunicativa...*, cit., p. 125.

Se estima que el actuar razonable del juzgador es significativo para generar una credibilidad del juzgador, en tanto que permite asegurar que se ha dado la debida consideración a las partes a lo largo del proceso (y no sus propios intereses), además de dar las debidas razones que sustenten la decisión judicial. La intención de enfatizar la trascendencia del comportamiento razonable en el actuar del juzgador (y no hacia las normas o principios jurídicos) apunta a recuperar la confianza de la ciudadanía en la labor jurisdiccional, a efecto de que tenga la certeza de que el juzgador no ha actuado arbitrariamente, ni por imposición de algún poder público o fáctico, sino que ha buscado dar una solución objetiva y coherente a una controversia a través del Derecho.

Al efecto se ha considerado pertinente abordar tres subtemas: 1) La trascendencia de permitir la intervención de los interesados en una discusión, que en este caso, se vinculan con la posibilidad de hacer exigibles los derechos ante los tribunales; 2) El reforzamiento de la argumentación jurídica, que exhorta a incorporar los esquemas argumentativos de la pragma-dialéctica, y contar con herramientas para analizar la argumentación; y 3) La debida consideración de las actuaciones procesales de las partes en juicio. Dichos aspectos, pretenden aportar elementos para que el juzgador, independientemente de su ideología, provea de mejor sentido las sentencias, y de esta manera ganar la confianza tanto de las partes en juicio, como de la ciudadanía y los otros poderes, ya que indicaría que la decisión no se ha adoptado arbitrariamente.

El actuar del juez, a su vez, invitaría a desarrollar en otra investigación un análisis de la pertinencia de contar con un juzgador virtuoso, que supone que ante los límites del Derecho y la moral, “es mejor contar con un juzgador virtuoso que con uno que sea puramente técnico o puramente guiado por la intuición de un hombre virtuoso”,⁸⁰⁹ lo cual invita a considerar que el Derecho al ser tanto un área de humanidades, como el objeto de estudio científico, requiere tanto las certeras habilidades que ofrecen los métodos del razonamiento práctico como del profundo

⁸⁰⁹ González de la Vega, René, “Jueces y Derecho en México: Una visión desde la Filosofía Práctica”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 261, Tomo LXIV, Enero-Junio 2014, p. 45.

entendimiento de la vida humana.⁸¹⁰ Igualmente, resultaría conveniente explorar detalladamente el *ethos*⁸¹¹ del juzgador dentro del discurso jurídico.

En este contexto, junto con las normas, principios y razonamientos jurídicos, adquiere relevancia el actuar del juzgador, cuyo correcto proceder puede permitir mejorar la práctica jurídica cotidiana y reforzar la confianza del ciudadano en la labor jurisdiccional para resolver conflictos, al generar certeza y seguridad jurídica a los ciudadanos de que las controversias no se resolverán de manera arbitraria o bajo lineamientos dados por otros poderes públicos o fácticos.

2. Libertad en el discurso jurídico

En el tema de la libertad en el discurso jurídico es pertinente que el juez indague si ha cumplido con la Regla 1 del código de conducta para discutidores razonables. Dicha indagación apuntaría a la formulación de las preguntas:

- ¿Se ha impedido la participación de alguna de las partes?
- ¿Se le ha impedido presentar algún punto de vista o se ha puesto en duda?
- ¿Se justifica ese impedimento? ¿bajo qué supuestos?

La presentación de los puntos de partida y la conformidad con las reglas del procedimiento, apunta a que la labor del legislador es significativa para fijar con claridad las reglas del procedimiento bajo las cuales se desarrollará la controversia, así como establecer la manera de hacer exigibles los derechos ante tribunales.

En la etapa de confrontación, se advierte la importancia del legislador para contemplar en un cuerpo normativo los derechos y obligaciones de los individuos, la manera de hacerlos exigibles, así como las normas procedimentales.⁸¹²

⁸¹⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 46.

⁸¹¹ Para una aproximación en torno al *ethos* en el discurso, Véase Puig Llano, Luisa Angélica, "El *éthos* en el discurso", en Beristáin, Helena y Ramírez Vidal, Gerardo (ed.), *Espacios de la retórica. Problemas filosóficos y literarios*, México, UNAM, 2010, pp. 149-165; Puig Llano, Luisa Angélica, "El *éthos* en la perspectiva pragmática", en Viguera Ávila, Alejandra (ed.), *Homenaje a Rubén Bonifaz Nuño. 30 años del Instituto de Investigaciones Filológicas*, México, UNAM, 2005, pp. 323-339.

⁸¹² En torno a la importancia del legislador, Véase Palol, Miguel, *El legislador*, trad. de Celine Alegre, Barcelona, Destino, 1988; Espinoza Toledo, Ricardo y Weldon, Jeffrey (coord.), *¿Para qué sirve el Poder Legislativo?*, México, UAM, Unidad Iztapalapa, Universidad de Colima, Porrúa, 2007.

En todo caso, el juzgador ha de procurar verificar que se cumplan los requisitos legales para hacer exigible la pretensión, oponer las excepciones y defensas conducentes y el desenvolvimiento adecuado del procedimiento. Bajo un comportamiento estratégico, el juzgador no puede prohibir la expresión de un punto de vista, declarándolo sacrosanto, que equivaldría a impedir que las posturas de las partes no estén completamente explicitadas, lo cual representaría una violación al procedimiento dialéctico.⁸¹³

Lo que adicionalmente podría hacer el jurista es analizar la legislación para identificar si la ley efectivamente protege los derechos de los individuos, e incluso, ampliar el tema a las minorías, ya que de ello dependerá que puedan formular su pretensión y exigir su cumplimiento en los tribunales. Aquí, se podría citar la postura de Zagrebelsky en torno a la importancia del Derecho Procesal, el cual representa “el instrumento de garantía para la identidad de cada grupo social y de defensa de las minorías respecto de las agregaciones dominantes a través de la garantía de igual derecho de hacer valer las propias razones constitucionales.”⁸¹⁴

Por lo indicado en el apartado anterior, la libertad (discursiva) que se le dé a las partes, además de su debida consideración, conlleva igualmente ampliar las posibilidades de que los tribunales conozcan sobre otros posibles problemas sociales que requieran solución por la vía racional. En todo caso, se advierte una colaboración entre el legislador y el juzgador para asegurar el debido cumplimiento a esta regla discursiva, tema que se enunciará brevemente en el Capítulo Quinto de la presente investigación.

3. Elementos de mejora en la argumentación jurídica

Dentro de los elementos de mejora en la argumentación jurídica se enunciará la fijación de la materia de la controversia o litis (que se desprende de las reglas 3 y 6 del código de conducta para discutidores razonables), así como el empleo de esquemas argumentativos para analizar (y estructurar) la

⁸¹³ Cfr. Eemeren, Frans H. van y Grootendorst, Rob, *Una teoría sistemática de la argumentación...*, cit., p. 162.

⁸¹⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional? ...*, cit., p. 39.

argumentación, los cuales se desprenden de las Reglas 5, 6, 7, 8 y 10 del código de conducta para discutidores razonables.

A. Fijación de la materia de la litis

Las reglas 3 y 6 del código de conducta para discutidores razonables reflejan la importancia que adquiere el fijar la materia de la litis y el debido estudio de las pruebas y alegatos hechos valer por las partes para sustentar la pretensión, excepciones y defensas, que en conjunto exhortan a considerar los siguientes aspectos al momento de evaluar la decisión judicial:

- ¿Cuál es la materia de la litis?
- ¿Cómo se encuentran planteadas la acción, excepciones y defensas de las partes?
- ¿Cuál es contenido de las normas jurídicas que fijan la controversia?
- ¿Existe distanciamiento entre la decisión judicial y la materia de la litis?
- ¿Ese distanciamiento se atribuiría al sentido de la justicia del juzgador?
- ¿Se justifica el distanciamiento entre la materia de la litis y la decisión judicial?
- ¿Cuáles son los alcances de una interpretación o aplicación de la norma jurídica alternativa?

Las anteriores interrogantes podrían reforzar la importancia que reviste la fijación de la materia de la litis en la decisión judicial, con la finalidad de dar una solución óptima al problema planteado en juicio, como un presupuesto para generar confianza entre las partes en la actuación judicial.

Es primordial que el objeto sobre el cual recaiga el fallo sea el mismo que se le planteó al ejercitarse la acción y que el juez resuelva todas las cuestiones o puntos que plantearon las partes; en ningún momento el juez puede pronunciarse sobre asuntos que no fueron motivo del debate judicial.⁸¹⁵ Igualmente, se requiere

⁸¹⁵ Cfr. Dorantes Tamayo, Luis Alfonso, *op. cit.*, p. 312.

considerar la causa, que es el hecho o el acto jurídico que da base al ejercicio de la acción y que sirve de fundamento al objeto de la demanda.⁸¹⁶

El juzgador no puede desconocer una premisa, o si se quiere, los posicionamientos tendientes a sustentar la acción, defensas y excepciones de las partes en un juicio. De hecho, si se vincula el punto de partida con la retórica (que en la pragma-dialéctica se asumen como maniobras estratégicas del juzgador), la intención de convencer a la audiencia puede ser un aliciente para que el juzgador respete los puntos de partida alegados por las partes en un juicio y puedan ser aceptadas de manera óptima,⁸¹⁷ de ahí que si el juzgador quiere convencer a la audiencia, no puede cambiar o modificar indebidamente la materia de la litis por seguir su sentido de la justicia.

B. Esquemas argumentativos

Evidentemente que el juez en su actuar conoce de los requisitos sustanciales de la sentencia, consistentes en la congruencia,⁸¹⁸ motivación⁸¹⁹ y exhaustividad.⁸²⁰ Asimismo, el juez tiene presente que en contraposición a la arbitrariedad, “la objetividad requiere razones de fondo, con las que se pueda elaborar de un modo críticamente seguro y fijo, la materia del caso planteado.”⁸²¹

Junto con estos requisitos, es posible apreciar que una aportación significativa que realiza la pragma-dialéctica es la exposición detallada de los tipos de esquemas argumentativos que sustentan una posición. Lo anterior impondrá exigencias adicionales a la argumentación del juzgador, y que bajo la pragma-dialéctica se requiere indagar lo siguiente:

- ¿Se ha empleado un esquema argumentativo sólido?
- ¿Se ha invocado la emoción para justificar la decisión?

⁸¹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 313.

⁸¹⁷ Cfr. Eemeren, Frans H. van, *Maniobras estratégicas...*, cit., pp. 163-186.

⁸¹⁸ Véase Dorantes Tamayo, Luis Alfonso, *op. cit.*, p. 415.

⁸¹⁹ Véase *Idem*.

⁸²⁰ Véase *Idem*.

⁸²¹ Stammler, Rudolf, *op. cit.*, p. 85.

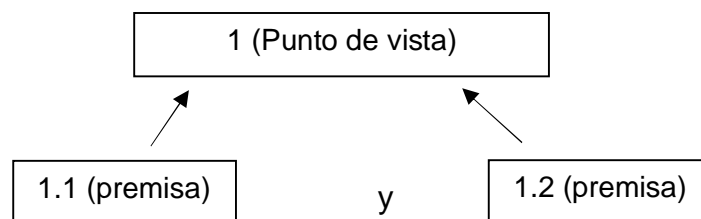
- ¿La decisión atiende a la materia del caso planteado?
- ¿Se ha empleado adecuadamente el lenguaje?

El primer aspecto que resalta del código de conducta para discutidores razonables, es el asegurarse que la resolución de una diferencia de opinión se realice de manera racional, mediante la argumentación. Con ello se evita recurrir a argumentos de autoridad o que apelen a los sentimientos para decidir una controversia. Ciertamente, la aceptación o el rechazo de una tesis depende en buena parte de la eficacia o la ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo, cuya función es sostener las posturas propias, hacerlas admitir por otros y de inducir a éstos a obrar en consecuencia.⁸²² En este punto, un argumento basado en los sentimientos y simpatías del juzgador no podría admitirse como sustento en una decisión judicial, al carecer de un sustento objetivo para ser sometido a discusión y comprobación.

El segundo aspecto que destaca refiere a la recomendación pragma-dialéctica de emplear los esquemas argumentativos, que se desprenden de las Reglas 5, 6, 7, 8 y 10 del código de conducta para discutidores razonables.

En este punto, la pragma-dialéctica ha teorizado acerca del análisis de la estructura de la argumentación, que supone considerar los siguientes tipos de argumentaciones:

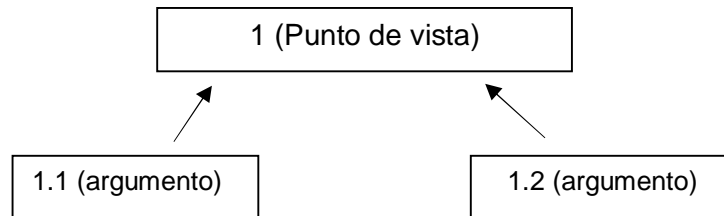
- Argumentación de único argumento, que es la defensa más sencilla, en tanto que en su forma más explícita está constituido en sólo dos premisas,⁸²³ y cuyo análisis en un esquema general es el siguiente:



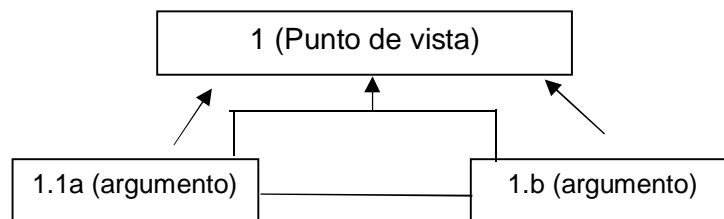
⁸²² De Gortari, Elí, *Lógica General*, México, Grijalbo, 1965, pp. 252-253.

⁸²³ Cfr. Eemeren, Frans van; Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación*, cit., p. 69.

- Argumentación múltiple, que corresponde a un tipo de argumentación compleja consistente en defensas alternativas del mismo punto de vista presentadas una después de otra.⁸²⁴



- Argumentación coordinada, que conforma otro tipo de argumentación compleja, por virtud de la cual la defensa de un punto de vista consiste en la combinación de argumentos que pueden ser tomados juntos para conformar una defensa concluyente, y en donde las partes componentes de la argumentación son dependientes de cada uno para la defensa del punto de vista.⁸²⁵ Su representación puede ser de la siguiente manera:

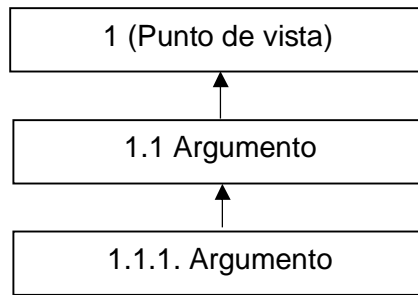


- Argumentación subordinada, que como forma de argumentación compleja implica que la defensa del punto de vista inicial se hace paso a paso, de manera que los argumentos se sostienen y se apoyan uno tras otro, hasta que la defensa sea concluyente,⁸²⁶ la cual se esquematizaría de la siguiente forma:

⁸²⁴ *Ibidem*, p. 70.

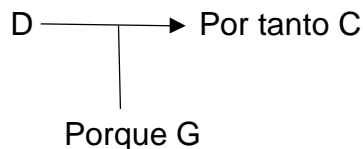
⁸²⁵ *Idem*.

⁸²⁶ *Ibidem*, p. 71.



Los anteriores esquemas de argumentación pueden formar parte de una estructura de argumentación más compleja que involucre la mezcla de argumentos. Adicionalmente, se podría recurrir al esquema de análisis que los autores pragma-dialécticos han empleado en la argumentación jurídica, en los términos referidos en el Capítulo Segundo. En todo caso, dichos esquemas coadyuvan a que las partes en juicio puedan analizar la argumentación del juzgador, para determinar si ha existido una irregularidad en su razonamiento, así como los alcances sustantivos y procedimentales de dicha irregularidad, y de ser el caso interponer el medio de defensa procedente.

Igualmente, valdría la pena reconsiderar el esquema argumentativo de Stephen Toulmin, quien centra su atención en la elaboración de un argumento que respalde la conclusión.⁸²⁷ En un primer esbozo del esquema de Toulmin para analizar los argumentos se aprecia la relación entre los datos y la afirmación a la que sirven de base, la cual puede simbolizarse con una flecha, y en donde lo que permite pasar de unos a otros es la garantía que se escribe debajo de la flecha, la cual tiene una naturaleza incidental y explicativa, ya que su objetivo consiste en registrar explícitamente la legitimidad del paso dado⁸²⁸ de la siguiente forma:



⁸²⁷ Cfr. Toulmin, Stephen E., *Los usos de la argumentación*, trad. de María Morrás y Victoria Pineda, Barcelona, Ediciones Península, 2007, pp. 36-37.

⁸²⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 135-136.

Dicho esquema se puede hacer más complejo si se consideran los calificativos o matizadores modales, las condiciones de excepción o de refutación, así como el respaldo de las garantías.⁸²⁹ Aún más, es posible complementar dichos esquemas con otros posicionamientos teóricos, como aquel previsto por Robert Alexy para la justificación interna y externa.⁸³⁰

Así, la pragma-dialéctica ofrece otros esquemas argumentativos que puede emplear el juzgador para basar su decisión o el jurista para analizar la argumentación del juzgador. Los límites que se apreciarían en la pragma-dialéctica radican en la falta de contundencia en solucionar dos problemas que apunta Rudolf Stammler, referentes a que los esquemas no indican el Derecho que debe servir de fallo,⁸³¹ ni solucionan el problema entre el conflicto entre la ley y la justicia, entre el Derecho determinado conceptualmente y el Derecho idealmente orientado.⁸³² Dicha limitante evocará a considerar otras teorías jurídicas y filosóficas que permitan identificar los valores subyacentes en el Derecho.

En todo caso, la consideración de esquemas argumentativos impondrá mayores exigencias al juzgador de razonar debidamente su decisión, en tanto que requiere dar el debido sustento a sus afirmaciones, de manera que se podrá ver obstaculizada la sentencia a la cual desee llegar, si no cuenta con un marco argumentativo sólido, que considere tanto las normas y principios jurídicos, como las actuaciones procesales de las partes, lo cual será un indicativo de que el juzgador ha acatado las exigencias de argumentación del Estado Constitucional de Derecho y que su decisión no ha sido tomada arbitrariamente.

Por lo expuesto en el presente numeral, es posible apreciar que las reglas de la pragma-dialéctica en materia de argumentación se orientan a aportar elementos adicionales al juez para reforzar la solidez de su razonamiento, a través de la adecuada fijación de la materia de la litis y consideración de esquemas

⁸²⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 137-145.

⁸³⁰ En torno a las formas de representar la justificación interna y externas, Véase Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 306-344.

⁸³¹ Cfr. Stammler, Rudolf, *op. cit.*, p. 90.

⁸³² Cfr. *Ibidem*, p. 94.

argumentativos sólidos en la decisión judicial. Igualmente, proporcionan herramientas adicionales para analizar la argumentación jurídica, que es uno de los objetivos clave del modelo de discusión crítica de la pragma-dialéctica, en los términos estudiados en el Capítulo Primero y Segundo. Además de la pertinencia de reforzar el aparato argumentativo de la decisión judicial, el código de conducta para discutidores razonables permite desprender la relevancia que adquieren los sujetos que intervienen en un juicio, la consideración (procesal) de las partes y la apreciación objetiva de su actuaciones procesales, que en conjunto coadyuvan a que el juzgador provea de mejor sentido sus sentencias y asegurar que ha sido razonable en su actuar.

4. *Aportaciones de la pragma-dialéctica en la consideración de las partes en juicio*

A. La dialéctica en la relación de las partes y el juzgador

Uno de los aspectos que destaca de la postura de Frans H. van Eemeren y de Rob Grootendorst es la reconsideración de la dialéctica en la decisión judicial.

Conforme a lo expuesto por Atienza, la argumentación dialéctica tiene como notas características: la existencia de una oportunidad de examinar los pros y los contras de una situación o de una tesis; su vinculación con la filosofía y al descubrimiento de la verdad; las normas de comportamiento de la dialéctica que gobiernan la conducta de los participantes en el juego dialéctico, en donde destacan los actos de lenguaje que pueden efectuarse, en qué ocasión, qué cargas de la argumentación se asumen, etc.; el control de cumplimiento de las reglas de comportamiento que puede confiarse a un juez, y el papel central que juega la contradicción, en tanto que una de las partes se esfuerza por mantener su tesis realizando actos de lenguaje (de acuerdo con ciertas reglas) que no le lleven a incurrir en contradicción; mientras que el papel del oponente es el de buscar la contradicción del adversario.⁸³³

⁸³³ Cfr. Atienza, Manuel, *El Derecho...*, cit., pp. 260-261.

Sobre el particular se observa que las reglas de la pragma-dialéctica son significativas para ayudar a una comunicación entre el juzgador y las partes, para examinar las posturas asumidas por los sujetos procesales e incorporar criterios de razonabilidad a considerar a lo largo del juicio. Dichos aspectos se pueden retomar para mejorar las condiciones en las cuales se desenvuelve la práctica jurídica cotidiana, incorporar exigencias adicionales al actuar del juzgador y en contar con elementos teóricos para reflexionar la importancia que adquiere la relación jurídica en materia procesal.

Al margen de la problemática que supone una justicia tardía, saturada y costosa, desigual e imprevisible,⁸³⁴ es posible agregar la preocupación que supone que el juez omita considerar las actuaciones de las partes en juicio. Si bien, el pabellón del debido proceso legal salvaguardaría una serie de principios y garantías fundamentales establecidos a favor de los justiciables,⁸³⁵ la pragma-dialéctica provee un marco teórico que apunta a reforzar el principio de igualdad en el proceso, así como una debida motivación y fundamentación de las decisiones realizar un estudio exhaustivo de las actuaciones procesales.

Por lo que concierne al principio igualdad en el proceso, éste supone considerar la bilateralidad y contradicción entre las partes para solucionar una controversia, bajo la dirección del juzgador en el proceso.⁸³⁶ En este punto adquieren relevancia las Reglas 2, 3, 6, 7 y 8 del código de conducta para discutidores razonables y las correspondientes reglas de discusión crítica, que apuntan a una adecuada integración de la controversia, con la correspondiente admisión de pruebas, desahogo y valoración de las pruebas, que a su vez permita la debida interpretación y aplicación del Derecho para resolver una controversia.

En cuanto a las pretensiones, excepciones y defensas, ya se ha indicado con antelación, la conveniencia de centrar los alcances de dichas cuestiones a lo exactamente invocado por las partes, una exigencia que por lo regular se encuentra contemplada dentro de la legislación procesal. Lo anterior incidirá en la admisión de

⁸³⁴ Acerca de los problemas de la justicia tardía, saturada, costosa, desigual e imprevisible, Véase Nieto, Alejandro, *El desgobierno judicial*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 38-63.

⁸³⁵ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de Teoría General...*, cit., p. 279.

⁸³⁶ Cfr. Vescovi, Enrique, *op. cit.*, pp. 63-64.

la prueba, y en donde en general cualquier prueba relevante para dilucidar la controversia debe ser admitida, excepto que una norma jurídica específica la excluya o subordine su admisión a condiciones particulares.⁸³⁷ En todo caso, la exclusión proviene de la norma jurídica, no del juzgador. En este punto, se requeriría un análisis adicional para explorar las razones que han llevado al legislador a imponer una determinada limitación a algún sujeto en particular, y si es justificable o no esa limitación. Este tema advierte nuevamente la colaboración entre el juzgador y el legislador en el Estado Constitucional de Derecho.

En esta primera aproximación, se observa que más allá de ubicar el papel del juez en función de los valores que dominan en la sociedad y tratar de conciliar estos valores con las leyes y las instituciones establecidas, para poner de manifiesto tanto la legalidad, como el carácter razonable y aceptable de sus decisiones,⁸³⁸ se requiere igualmente que el juzgador se involucre y conozca (procesalmente) a las partes en juicio, a partir de lo cual estará en posibilidad de dar una solución coherente a su decisión. De esta manera, la razonabilidad no solamente se encuentra en función de la vinculación del juez con la ley y los valores sociales, sino que también depende de su relación con los otros sujetos procesales, que permitan determinar que el juez no se ha comportado arbitrariamente.

La pragma-dialéctica apunta igualmente a que el juez examine pormenorizadamente si las partes fueron capaces de probar sus acciones, excepciones y defensas, así como determinar si las actuaciones procesales de las partes justifican la aplicación de una norma o principio jurídico para decidir un caso. En este rubro los esquemas argumentativos pueden ser de utilidad tanto para examinar si tiene sustento la pretensión de una de las partes y si la decisión judicial se ha referido a las actuaciones procesales de manera exhaustiva y coherente. De ahí que aun si el juez buscara concretar un proyecto ideológico en la decisión judicial, éste requiere considerar las restricciones que se desprenden de las actuaciones de las partes, después de todo, la intención del juez para hacer cambios

⁸³⁷ Taruffo, Michele, *La prueba...*, cit., pp. 377-378.

⁸³⁸ Cfr. Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979, p. 193.

y progresos en el Derecho, no puede desestimar las inquietudes jurídicas (e incluso sociales) que se derivan de las partes en juicio.

En materia probatoria, más allá de optar por una prueba legal o de libre valoración⁸³⁹ contenida en la legislación procesal, la pragma-dialéctica apunta a indicar la pertinencia que el juez considere debidamente la materia sobre la cual versa la controversia, y a partir de ahí determinar la admisión, desahogo y valoración de pruebas. Las pruebas son indicativas de que se ha defendido o atacado debidamente la pretensión en juicio, en los términos que alude la Regla 14 de la discusión crítica.

Esa consideración a su vez puede ser auxiliar para ayudar al funcionamiento de lo que procesalmente se conoce como el principio de contradicción entre las partes, que supone controlar la identificación del material probatorio destinado a constituir la base para la decisión y la formación de la prueba y la valoración de las pruebas por parte del juez.⁸⁴⁰ Además permite redimensionar aquellos procedimientos contenidos en la legislación procesal y lineamientos teóricos enfocados a guiar al juzgador en torno a la valoración de la prueba.⁸⁴¹

Ciertamente, la perspectiva pragma-dialéctica invita a considerar que más allá del solipsismo en que se ha concebido la actividad del juzgador, existen otros sujetos procesales, esto es las partes en juicio, quienes requieren de una debida consideración tanto en su ámbito personal, como participantes de un discurso, así como de sus pretensiones, excepciones, defensas, pruebas y alegatos, que igualmente son significativos para decidir una controversia.

En el mismo sentido, la reconsideración de las actuaciones procesales, en vinculación con los argumentos expuestos por las partes, es indicativa para elegir la norma jurídica a aplicar para resolver una controversia, y sobre lo que cual se debe circunscribir el juzgador. En esa tesitura, aún si el juzgador desea buscar una

⁸³⁹ Para una referencia acerca de la prueba legal y de libre valoración, Véase Taruffo, Michele, *La prueba...*, cit., pp. 387-403.

⁸⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 428-435.

⁸⁴¹ Para una referencia en torno a los hechos en el proceso y el modo de proceder del juzgador en el ámbito de la valoración de la prueba, Véase Andrés Ibáñez, Perfecto, "La expresión probatoria y su expresión en las sentencias", en Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 22-33.

sentencia deseada a partir de su ideología, tal decisión no puede desconocer lo actuado por las partes. A su vez, la referencia a las actuaciones procesales de las partes en juicio puede dar el respaldo a la decisión, en los términos a que alude Toulmin en su modelo argumentativo mencionado en el inciso anterior, en tanto que las pruebas de las partes pueden justificar si la pretensión, excepción o defensa se han acreditado y si justifican la interpretación y aplicación de la norma.

Como se puede apreciar, las reglas de la pragma-dialéctica aportan criterios adicionales para evaluar si el juzgador en su decisión ha considerado debidamente a las partes en juicio. En este contexto, las reglas de la pragma-dialéctica apuntan a reconsiderar la importancia de las actuaciones procesales de las partes en juicio, lo cual a su vez podría contribuir a realizar más estudios teóricos en torno a la prueba y consideración de argumentos de las partes, a partir de un enfoque pragma-dialéctico.

Un aspecto adicional por el cual es relevante considerar a las partes en juicio, se vincula con la exigencia que marginalmente exponen Perelman y Olbrechts-Tyteca, en el sentido de que para que se desarrolle una argumentación es preciso prestar alguna atención aquellos sujetos a quienes les está destinada.⁸⁴² Si se atiende a la intención del orador de persuadir a un auditorio heterogéneo, frente al cual habrá de utilizar múltiples argumentos para conquistar a los diversos miembros del auditorio,⁸⁴³ una fracción significativa de esos argumentos requiere contextualizarse en el ámbito del análisis de las pretensiones, excepciones y defensas, las pruebas y los alegatos vertidos por las partes. Se estima que, la consideración de las partes en juicio trasciende de cualquier objetivo de carácter persuasivo,⁸⁴⁴ para centrarse en la confiabilidad que se puede depositar en el juez de saber que considera debidamente las actuaciones procesales, sin que éstas se vean afectadas por el posible proyecto ideológico que busque favorecer el juzgador.

⁸⁴² Cfr. Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *op. cit.*, p. 53.

⁸⁴³ Cfr. *Ibidem*, p. 58.

⁸⁴⁴ Para Perelman y Olbrechts-Tyteca, la argumentación persuasiva sólo puede servir para un auditorio en particular, en contraposición con la argumentación convincente que supone obtener la adhesión de todo ente de razón. Cfr. *Ibidem*, p. 67.

Un segundo aspecto que se desprende de las reglas de la pragma-dialéctica apunta a mejorar la motivación de las sentencias, a partir de la consideración de las partes en juicio. Bajo la motivación se exige que se expliciten, justifiquen, valoren y consideren todas las pruebas practicadas,⁸⁴⁵ para reflejar que el ejercicio de la función jurisdiccional no es un ejercicio arbitrario.⁸⁴⁶ Aquí valdría la pena reiterar que la motivación busca explicar o describir la decisión, o hacer explícitos los motivos que, de hecho, han conducido al juez a adoptarla, con la finalidad de facilitar el control público o ciudadano de la decisión.⁸⁴⁷

En este punto, las reglas discursivas incorporan criterios adicionales para considerar cuándo se ha defendido debidamente un punto de vista (pretensión, excepciones y defensas), así como aquellas acciones u omisiones que pueden redundar en una afectación a los derechos procesales de las partes. Asimismo, el seguimiento de las reglas de la pragma-dialéctica anteriormente referidas, se vincula con la posibilidad de dar una debida motivación en materia de las actuaciones procesales. Si bien se ha enfatizado en la necesidad de que dentro de la motivación se justifique, expliciten, justifiquen, valoren individualmente y consideren todas las pruebas practicadas,⁸⁴⁸ es pertinente mantener la objetividad y precisión en lo aducido por las partes en su demanda, contestación a la demanda, así como la idoneidad de las pruebas y argumentos para acreditar tales extremos.

Pese a la exigencia de la motivación, al parecer en la práctica es posible enfrentarse con la tendencia de los jueces a infravalorar la obligación de motivar la prueba, atribuida a factores como: la técnica de relato, que someramente expone las pruebas que han guiado a la resolución del conflicto;⁸⁴⁹ por motivación tácita, parcial o no exhaustiva o motivación por remisión,⁸⁵⁰ motivación implícita –al no expresar las razones que apoyan la decisión o realizar una motivación parcial-⁸⁵¹ o por inexigibilidad de motivación de la prueba directa –que supone que sólo se insiste

⁸⁴⁵ Cfr. Taruffo, Michele, *La prueba...*, cit., pp. 211-212.

⁸⁴⁶ Cfr. Gascón Abellán, Marina, *Cuestiones probatorias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 176.

⁸⁴⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 177-179.

⁸⁴⁸ Cfr. Taruffo, Michele, *La prueba...*, cit., pp. 211-212.

⁸⁴⁹ Cfr. Gascón Abellán, Marina, *op. cit.*, pp. 194-196.

⁸⁵⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 196-197.

⁸⁵¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 196-198.

en la necesidad de motivar la prueba indirecta, esto es, de aquella que surge mediante el razonamiento o la inferencia a partir de otros hechos.⁸⁵²

Ante dicha problemática, valdría la pena reconsiderar a la motivación como “un instrumento de comunicación que se inserta en un procedimiento comunicativo, que se origina por el juez y que está encaminado a informar a las partes, y también al público en general, aquello que el juez pretende expresar.”⁸⁵³ En tanto discurso, éste se integraría por los signos lingüísticos⁸⁵⁴ (lo cual se vincularía con la actividad verbal que los autores de la pragma-dialéctica incluyen dentro de la noción de argumentación, en los términos referidos en el Primer Capítulo) y por factores retóricos y lógicos⁸⁵⁵ (vinculado con la Regla 7 del código de conducta para discutidores razonables, a que se ha hecho referencia en los Capítulos Primero, Segundo y al inicio de este Capítulo). En todo caso es pertinente recordar la intención de que exista una óptima comunicación con las partes a las cuales estará dirigido ese conjunto de signos lingüísticos, factores retóricos y lógicos, de donde resulta que la comunicación entre los sujetos procesales es significativa al momento de resolver una controversia. En esta comunicación, es imprescindible el comportamiento razonable de los sujetos procesales, para lo cual el código de conducta para discutidores razonables, en vinculación con las reglas de discusión crítica, proveen un marco en el cual sea posible tener una expectativa del actuar de los individuos que intervienen en juicio.

Además, si se retoma la nota de comunicación, se apreciará que la legislación en materia procesal, en vinculación con la teoría del discurso, será una herramienta significativa para establecer contacto con dicho auditorio particular, de donde se desprende que las normas procesales y la dialéctica, son significativos para que el juez esté en condiciones de mejor proveer sus decisiones. Aquí, las reglas 6 y 8 del código de conducta para discutidores razonables, y sus correlativos de la discusión crítica, pueden contribuir a que el juzgador dé una debida motivación

⁸⁵² Cfr. *Ibidem*, pp. 200-206.

⁸⁵³ Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Trotta, 2011, p. 116.

⁸⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 117- 118.

⁸⁵⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 118-124.

a su decisión, en el sentido de estudiar pormenorizadamente los hechos, pruebas y argumentos expuestos por las partes y exigirle al juez que razone pormenorizadamente la manera en que se tienen por acreditadas las acciones, o en su caso, las excepciones y defensas hechas valer en juicio. Al efecto, la intención de buscar una ideología en una sentencia, no puede conllevar la negación u omisión injustificada de las actuaciones procesales para decidir un caso. A su vez, la propuesta de razonamiento a partir de las reglas del código de conducta para discutidores razonables impone una exigencia a las partes de aportar las pruebas y argumentos necesarios para acreditar su pretensión, excepciones y defensas.

Por lo anterior, por más habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas que el juez tenga para crear, interpretar, modificar o aplicar el Derecho, como se le exige al juez Hércules⁸⁵⁶ éstos en ningún momento pueden desconocer las actuaciones de las partes. Antes del intento de llegar a la sentencia deseada, el juez requiere considerar los alcances del proceso, que como lo indica Michele Taruffo, “el proceso no tiene finalidades cognoscitivas o científicas; no se lleva a cabo porque alguien quiera conocer los hechos sino porque es necesario eliminar un conflicto de intereses.”⁸⁵⁷ Por ello, aunque el juez pretenda dar una novedosa interpretación y aplicación del Derecho, ésta en todo momento ha de responder a las exigencias concretas de las partes en juicio.

Así, el juez además de dirigirse un auditorio universal, al cual “debe convencer al lector del carácter apremiante de las razones aducidas, de su evidencia, de su validez intemporal y absoluta, independientemente de las contingencias locales o históricas”,⁸⁵⁸ requiere considerar al auditorio particular, esto es a las partes en juicio, quienes requieren una solución racional y razonable a su juicio, para lo cual la pragma-dialéctica es un referente significativo para acotar la actuación del juzgador a la resolución de una controversia.

Con la referencia a las actuaciones procesales de las partes, la decisión del juzgador habrá de vincularse con una adecuada solución a la controversia, y no

⁸⁵⁶ En torno al juez Hércules, Véase Dworkin, Ronald, *Los derechos...*, *cit.*, pp. 177-208.

⁸⁵⁷ Taruffo, Michele, *La prueba...*, *cit.*, p. 38.

⁸⁵⁸ Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *op. cit.*, p. 72.

simplemente con la búsqueda de la sentencia deseada, o la interpretación de una norma o principio jurídico de manera abstracta.

Un tercer aspecto que se desprende de la pragma-dialéctica en la orientación razonable del juzgador, es que la interpretación del Derecho. Concretamente, la pragma-dialéctica parece aportar criterios adicionales para una debida interpretación de la legislación en materia procesal, ya que ciertamente, es primordial dar el debido respeto e igualdad procesal a las partes, con la finalidad de que puedan proveer de elementos al juez para resolver una controversia. Con tales criterios dialógicos es posible enriquecer las técnicas de interpretación jurídica.⁸⁵⁹ Lo anterior apunta a identificar que el debido acatamiento a las normas y principios de carácter procesal, sí tiene una incidencia en la decisión judicial.

Así, la orientación que ofrece la pragma-dialéctica exhorta al juzgador a redimensionar la importancia de los sujetos procesales. Independientemente de que se asuma o no la noción de Kennedy del comportamiento estratégico del juzgador y de la búsqueda de la sentencia deseada, la referencia a la pragma-dialéctica permite desprender que junto con las fuentes del Derecho y el razonamiento jurídico, también es significativa la consideración de los sujetos que intervienen en el juicio, cuyas actuaciones requieren ser debidamente estudiadas para emitir la decisión judicial.

B. Objetividad en la consideración de las pruebas y los argumentos

La búsqueda de una sentencia deseada, y concretamente la intención de privilegiar una ideología, de ninguna manera puede incidir en realizar distorsiones en los argumentos vertidos por las partes, ni en realizar un indebido uso del lenguaje. Ciertamente, es un requisito de las sentencias procurar la llamada congruencia externa que consiste en la adecuación de la sentencia con los puntos cuestionados, controvertidos, los que estuvieron a debate, y en donde la sentencia no debe resolver más de lo que las partes le piden al juez, ni dejar de resolver puntos

⁸⁵⁹ Para una referencia de las técnicas y doctrinas de interpretación constitucional, Véase Guastini, Riccardo, "La Interpretación de la Constitución", trad. de Santiago Ortega, en Ortega, Santiago (ed.), *Interpretación y Razonamiento Jurídico*, Lima, Ara Editores, 2010, vol. II, pp. 35-63.

que las mismas plantearon.⁸⁶⁰ Asimismo, procesalmente se exige claridad y precisión en las sentencias, lo cual apunta al debido empleo del lenguaje.

En este punto, las Reglas 3 y 10 del código de conducta para discutidores razonables apuntan a reforzar en primer lugar la congruencia exigida al juzgador, las cuales refuerzan la pertinencia de que el juzgador mantenga objetividad en el empleo del lenguaje, interpretación y aplicación del Derecho. La objetividad además se vincula con la apreciación de los hechos y alcances probatorios, en tanto que el juzgador no puede llegar a su sentencia deseada, si antes no se han considerado debidamente las pretensiones, excepciones y defensas de las partes, en conjunto con las pruebas que acreditan los hechos. Además, se estima que la incorrecta referencia a las pretensiones, excepciones y defensas de las partes, en vinculación con sus actuaciones procesales, puede conllevar a una indebida interpretación y aplicación del Derecho al no recaer en el conflicto planteado.

Un aspecto adicional que destaca de la Regla 10 es que reitera la importancia de considerar el lenguaje en el Derecho,⁸⁶¹ e incluso la manera en que el lenguaje puede emplearse para ocultar deliberadamente un proyecto ideológico que el juez busca concretar en su decisión.

Así, la orientación del juzgador desde la pragma-dialéctica le permite situarlo en su carácter de tercero imparcial para solucionar conflictos, lo cual apunta a la consideración objetiva de las pretensiones, excepciones y defensas de las partes, sus actuaciones procesales, la incorporación de esquemas argumentativos sólidos, así como el debido empleo del lenguaje. A su vez, el acatamiento de las reglas del código de conducta para discutidores razonables es un indicador que permite identificar si el juzgador ha actuado razonablemente al decidir una controversia. Con la noción de razonabilidad de la pragma-dialéctica, es posible exhortar al juzgador al acatamiento de determinadas reglas discursivas, bajo las cuales sea posible buscar una argumentación sólida para fundamentar y motivar su

⁸⁶⁰ Cfr. Dorantes Tamayo, Luis Alfonso, *op. cit.*, p. 298.

⁸⁶¹ Para profundizar en torno a la vinculación del lenguaje y el Derecho, Véase Carrió, Genaro. *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, pp. 237-257; Pfeiffer, Juan Bautista. "Reflexiones sobre Lenguaje, Derecho y Justicia", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 11, 2007/2008, pp. 57-74.

decisión, así como dar el debido respeto a las partes, que en conjunto permitan reforzar la confianza en el juzgador y dotar de mejor sentido las sentencias, al demostrar que en ningún momento ha actuado de manera arbitraria.

VII. CONSIDERACIONES FINALES DEL CAPÍTULO CUARTO

En el presente capítulo se ha aplicado el código de conducta para discutidores razonables, en vinculación con las reglas del discurso crítico, de la perspectiva pragma-dialéctica, para determinar los alcances de las restricciones y las violaciones de dichas reglas, así como explorar la manera en que dichas reglas pueden orientar el actuar razonable del juez.

El enfoque adoptado se centra en la inquietud por identificar posibles restricciones adicionales del juzgador en la decisión judicial que le impidan resolver únicamente conforme a su sentido de la justicia. Al efecto, se estima que más allá de indagar la ideología que busca privilegiar el juzgador, es pertinente considerar que la intención de concretar una ideología en la decisión judicial puede conllevar ciertas repercusiones para los justiciables, especialmente frente a aquella que sustente una ideología distinta a la cual se adscribe el juez.

Así, aunque las reglas del discurso en lo general presenten cierta vulnerabilidad, según lo expresado al inicio del presente Capítulo, sin embargo, el código de conducta para discutidores razonables, en vinculación con las reglas de discusión crítica de la pragma-dialéctica, permiten desprender elementos para orientar el actuar del juzgador para proveer de mejor sentido sus sentencias en el marco del Estado Constitucional de Derecho. Concretamente, la pragma-dialéctica proporciona herramientas adicionales para el análisis de la argumentación jurídica, argumentar debidamente, así como dar una adecuada consideración y respeto a los argumentos vertidos por las partes en juicio, quienes han de tener la seguridad de que pese a que el juez no concuerde con la ideología subyacente en las pretensiones o defensas esgrimidas, dicha cuestión no incidirá en el resultado de la sentencia.

Lo anterior, es indicativo de que el comportamiento del jurista sí incide en el contenido y sentido del Derecho, de donde resulta que la crítica jurídica interna aún puede proporcionar elementos para continuar con la reflexión, análisis, evaluación y mejora de la problemática presente en el Derecho, y concretamente en la práctica jurídica cotidiana.

Por ello, resulta conveniente reconsiderar la utilidad práctica de las reglas de la pragma-dialéctica, con la finalidad de formar juristas comprometidos con cumplir debidamente su labor, así como contar con elementos teóricos para analizar y evaluar la argumentación jurídica.

Desde luego, existen aspectos que requerirían mayor precisión como la retórica, el contenido normativo y la colaboración entre los participantes, temas que se referirán en el quinto y último capítulo de la presente investigación.

ESQUEMA DEL CAPÍTULO CUARTO

RELACIÓN DEL CÓDIGO DE CONDUCTA PARA DISCUTIDORES RAZONABLES CON LAS REGLAS DEL PROCEDIMIENTO Y FALACIAS DE LA DISCUSIÓN PRAGMA-DIALÉCTICA

Código de conducta para discutidores razonables	Reglas de discusión crítica	Falacias
Etapas de confrontación		
<p>Regla 1</p> <p>Regla de Libertad</p> <p>Los discutidores no pueden impedirse uno al otro presentar puntos de vista o ponerlos en duda.</p>	<p>Regla 1</p> <p>a. No se aplican condiciones especiales ni al contenido proposicional de los asertivos mediante los cuales se expresa un punto de vista, ni al contenido proposicional de la negación del compromisorio, por medio del cual un punto de vista es cuestionado.</p> <p>b. En la realización de estos asertivos y compromisorios negativos, no se aplica ninguna condición preparatoria especial a la posición o el estatus del hablante o escritor y del oyente o lector.</p> <p>Regla 2</p> <p>El discutidor que ha puesto en cuestión el punto de vista de otro discutidor, en la etapa de confrontación, siempre tiene derecho a desafiar a este discutidor a defender su punto de vista.</p> <p>Regla 3</p> <p>Un discutidor que es desafiado por otro discutidor a defender el punto de vista, que ha presentado en la etapa de confrontación, siempre está obligado a aceptar este desafío, a menos que el otro discutidor no esté dispuesto a aceptar ninguna premisa compartida ni reglas de la discusión. El discutidor permanece obligado a defender su punto de vista mientras no se retracte de él y mientras no lo haya defendido exitosamente contra el otro</p>	<p>1. Límites a los puntos de vista o dudas</p> <ul style="list-style-type: none"> - Falacia de declarar los puntos de vista como sacrosantos. - Falacia de declarar los puntos de vista como tabúes. <p>2. Restricción de la libertad de acción a la otra parte.</p> <ul style="list-style-type: none"> * Presión a la otra parte. - Falacia del garrote (argumentum ad baculum). - Falacia de apelación a la piedad (argumentum ad misericordiam). <p>* Ataque personal contra el oponente (argumentum ad hominem).</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ataque personal directo contra la otra persona/variante "abusiva". - Falacia de lanzar una sombra de sospechas acerca de las motivaciones de la otra parte

	<p>discutidor, sobre la base de premisas y reglas de la discusión concordadas.</p> <p>Regla 6 (b)</p> <p>b. El antagonista siempre puede atacar un punto de vista poniendo en cuestión el contenido proporcional o la fuerza justificatoria o refutatoria de la argumentación.</p> <p>Regla 14</p> <p>a. El protagonista está obligado a retractarse del punto de vista inicial si el antagonista lo ha atacado concluyentemente (de la manera prescrita en la regla 9) en la etapa de argumentación (y ha respetado también las otras reglas de la discusión).</p> <p>b. El antagonista está obligado a retractarse de su puesta en duda del punto de vista inicial si el protagonista lo ha defendido concluyentemente (de la manera prescrita en la regla 9) en la etapa de argumentación (y ha respetado también las otras reglas de la discusión).</p> <p>c. En todos los demás casos, ni el protagonista no está obligado a retractarse de su punto de vista inicial ni el antagonista está obligado a retirar su puesta en duda del punto de vista inicial.</p>	<p>(ataque personal indirecto/variante "circunstancial").</p> <p>- Falacia de señalar una contradicción en las palabras o en las acciones de la otra parte (variación del tu quoque).</p>
Etapa de apertura		
<p>Regla 2</p> <p>Regla de la carga de la prueba</p> <p>Los discutidores que presentan un punto de vista no pueden negarse a defenderlo cuando se les solicita hacerlo.</p>	<p>Regla 2</p> <p>El discutidor que ha puesto en cuestión el punto de vista de otro discutidor, en la etapa de confrontación, siempre tiene derecho a desafiar a este discutidor a defender su punto de vista.</p> <p>Regla 3</p> <p>Un discutidor que es desafiado por otro discutidor a defender el punto de vista, que ha presentado en la etapa de confrontación, siempre está obligado a aceptar este desafío, a menos que el otro discutidor no esté dispuesto a aceptar ninguna premisa compartida ni reglas de la discusión. El discutidor permanece</p>	<p>1. Cambio de carga de la prueba hacia la otra parte.</p> <p>* En una diferencia de opinión no mixta, en lugar de defender su propio punto de vista, el protagonista fuerza al antagonista a mostrar que el punto de vista del protagonista es incorrecto.</p> <p>* En una diferencia de opinión mixta, una de las partes no trata de defender su punto de vista sino que fuerza a la otra parte a defender su punto de vista.</p>

	<p>obligado a defender su punto de vista mientras no se retracte de él y mientras no lo haya defendido exitosamente contra el otro discutidor, sobre la base de premisas y reglas de la discusión concordadas.</p> <p>Regla 4</p> <p>Un discutidor que, en la etapa de apertura, ha aceptado el desafío de otro discutidor de defender su punto de vista cumplirá el rol de protagonista en la etapa de argumentación y el otro discutidor cumplirá el rol de antagonista, a menos que acuerden hacerlo de otra manera. La distribución de los roles se mantiene hasta el final de la discusión.</p> <p>Regla 12</p> <p>El protagonista retiene, a lo largo de toda la discusión, el derecho a retractarse de cualquier acto de habla complejo de argumentación que haya realizado y de esta manera, suprimir la obligación de defenderlo.</p>	<p>- Falacia de inversión de la carga de la prueba.</p> <p>2. Escapar de la carga de la prueba</p> <p>* Se presenta el punto de vista como evidente en sí mismo. * Se da una garantía personal de la corrección del punto de vista. * Se inmuniza el punto de vista contra la crítica.</p> <p>- Falacia de evadir la carga de la prueba.</p>
<p>Regla 3</p> <p>Regla del punto de vista</p> <p>Los ataques contra los puntos de vista no pueden referirse a un punto de vista que no haya sido efectivamente presentado por la otra parte.</p>	<p>Regla 2</p> <p>El discutidor que ha puesto en cuestión el punto de vista de otro discutidor, en la etapa de confrontación, siempre tiene derecho a desafiar a este discutidor a defender su punto de vista.</p> <p>Regla 14 (c)</p> <p>c. En todos los demás casos, el protagonista no está obligado a retractarse de su punto de vista inicial ni el antagonista está obligado a retirar su puesta en duda del punto de vista inicial.</p> <p>Regla 15</p> <p>a. En todas las etapas de la discusión, los discutidores tienen derecho a requerir del otro discutidor que realice un declarativo de uso y a realizar uno de ellos mismos. b. El discutidor al que se le solicita realizar un declarativo de uso por parte del otro discutidor está obligado a hacerlo.</p>	<p>(En todas las etapas de la discusión)</p> <p>1. Atribuirle a la otra parte un punto de vista ficticio</p> <p>* Presentar enfáticamente el punto de vista opuesto. * Referencia a las visiones del grupo al cual el oponente pertenece. * Creación de un oponente ficticio.</p> <p>- Falacia del espantapájaros.</p> <p>2. Distorsionar el punto de vista de la otra parte.</p> <p>* Sacar enunciados fuera del contexto. * Simplificación o exageración excesiva.</p> <p>- Falacia del espantapájaros.</p>

Etapa de argumentación		
<p>Regla 4</p> <p>Regla de la relevancia</p> <p>Los puntos de vista no pueden ser defendidos por medios no argumentativos o mediante una argumentación que no sea relevante al punto de vista.</p>	<p>Regla 6 (a, c)</p> <p>a. El protagonista siempre puede defender el punto de vista el antagonista pueden defender o atacar puntos de vista de ninguna otra manera.</p> <p>Regla 8</p> <p>a. El protagonista ha defendido exitosamente un acto de habla complejo de argumentación contra un ataque del antagonista con respecto a su fuerza de justificación o de refutación, si la aplicación del procedimiento de inferencia intersubjetiva o la aplicación (después de haber usado el procedimiento intersubjetivo de explicitación) del procedimiento de prueba intersubjetivo produce un resultado positivo.</p> <p>b. El antagonista ha atacado exitosamente la fuerza de justificación o de refutación de la argumentación, si la aplicación del procedimiento de inferencia intersubjetiva o la aplicación (después de haber empleado el procedimiento intersubjetivo de explicitación) del procedimiento de prueba intersubjetivo produce un resultado negativo.</p>	<p>1. La argumentación no tiene relación con el punto de vista en discusión.</p> <p>- Falacia de la argumentación irrelevante.</p> <p>2. El punto de vista se defiende por medios diferentes de la argumentación.</p> <p>* No hay argumentación</p> <p>- Falacia de manipulación de los sentimientos de la audiencia (falacia patética).</p> <p>- Falacia de ostentación de las cualidades propias (falacia ética/abuso de autoridad).</p>
<p>Regla 5</p> <p>Regla de la premisa implícita</p> <p>Los discutidores no pueden atribuir falsamente premisas implícitas a la otra parte ni desconocer su responsabilidad por sus propias premisas implícitas</p>	<p>Regla 8</p> <p>a. El protagonista ha defendido exitosamente un acto de habla complejo de argumentación contra un ataque del antagonista con respecto a su fuerza de justificación o de refutación, si la aplicación del procedimiento de inferencia intersubjetiva o la aplicación (después de haber usado el procedimiento intersubjetivo de explicitación) del procedimiento de prueba intersubjetivo produce un resultado positivo.</p> <p>b. El antagonista ha atacado exitosamente la fuerza de justificación o de refutación de la argumentación, si la aplicación del procedimiento de inferencia intersubjetiva o la aplicación (después de haber empleado el procedimiento</p>	<p>1. Se añade una premisa implícita que va más allá de lo que está garantizando.</p> <p>- Falacia de agrandamiento de una premisa implícita.</p> <p>2. Se rechaza la aceptación del compromiso de una premisa implícita implicada por la defensa de uno.</p> <p>- Falacia de la negación de una premisa implícita.</p>

	<p>intersubjetivo de explicitación) del procedimiento de prueba intersubjetivo produce un resultado negativo.</p> <p>Regla 9</p> <p>a. El protagonista ha defendido concluyentemente un punto de vista inicial o un punto de vista subordinado mediante un acto de habla complejo de argumentación, si ha defendido exitosamente tanto el contenido proposicional que ha sido cuestionado por el antagonista, como su fuerza de justificación o de refutación que ha sido cuestionado por el antagonista.</p> <p>b. El antagonista ha atacado concluyentemente el punto de vista del protagonista, si ha atacado exitosamente sea el contenido proposicional o la fuerza de justificación o de refutación del acto de habla complejo de la argumentación.</p>	
<p>Regla 6</p> <p>Regla del punto de partida</p> <p>Los discutidores no pueden presentar falsamente algo como si fuera un punto de partida aceptado o negar falsamente que algo sea un punto de partida aceptado.</p>	<p>Regla 5</p> <p>Los discutidores que cumplirán los roles de protagonista y antagonista en la etapa de argumentación concuerdan, antes del comienzo de la etapa de argumentación, sobre las reglas para lo siguiente: cómo debe el protagonista defender el punto de vista inicial y cómo debe el antagonista atacarlo, y en qué caso el protagonista ha defendido exitosamente el punto de vista y en qué caso el antagonista lo ha atacado exitosamente. Estas reglas se aplican a lo largo de la duración de la discusión y no pueden ser puestas en cuestión durante la discusión misma por ninguna de las dos partes.</p> <p>Regla 7</p> <p>a. El protagonista ha defendido exitosamente el contenido proposicional de un acto de habla complejo de argumentación contra un ataque del antagonista si la aplicación del procedimiento de identificación intersubjetiva produce un resultado positivo o si el contenido proposicional es aceptado, en segunda instancia, por ambas partes, como resultado de una subdiscusión, en la cual el protagonista ha</p>	<p>1. Se mezclan puntos de partida por parte del protagonista, negando falsamente que algo es un punto de partida aceptado.</p> <p>- Falacia de la negación falsa de un punto de partida aceptado.</p> <p>2. Se mezclan puntos de partida del antagonista falsamente, presentando algo como un punto de partida aceptado.</p> <p>- Falacia del empleo falso en el injusto de presuposiciones en la construcción de aserciones.</p>

	<p>defendido exitosamente un punto de vista subordinado (sub-standpoint) positivo con respecto a este contenido proposicional.</p> <p>b. El antagonista ha atacado exitosamente el contenido proposicional del acto de habla complejo de la argumentación si la aplicación del procedimiento de identificación intersubjetiva produce un resultado negativo y el protagonista no ha defendido exitosamente un punto de vista subordinado (sub-standpoint) positivo con respecto a este contenido proposicional en una subdiscusión.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Falacia del hacer un uso falso de las presuposiciones en la formulación de preguntas (falacia de las preguntas múltiples). - Falacia del uso de un argumento que sostiene lo mismo que el punto de vista (falacia circular o petición de principio).
<p>Regla 7</p> <p>Regla de la validez</p> <p>Un razonamiento que es presentado, en una argumentación, como formalmente concluyente, no puede ser inválido en sentido lógico.</p>	<p>Regla 8</p> <p>a. El protagonista ha defendido exitosamente un acto de habla complejo de argumentación contra un ataque del antagonista con respecto a su fuerza de justificación o de refutación, si la aplicación del procedimiento de inferencia intersubjetiva o la aplicación (después de haber usado el procedimiento intersubjetivo de explicitación) del procedimiento de prueba intersubjetivo produce un resultado positivo.</p> <p>b. El antagonista ha atacado exitosamente la fuerza de justificación o de refutación de la argumentación, si la aplicación del procedimiento de inferencia intersubjetiva o la aplicación (después de haber empleado el procedimiento intersubjetivo de explicitación) del procedimiento de prueba intersubjetivo produce un resultado negativo.</p> <p>Regla 9</p> <p>a. El protagonista ha defendido concluyentemente un punto de vista inicial o un punto de vista subordinado mediante un acto de habla complejo de argumentación, si ha defendido exitosamente tanto el contenido proposicional que ha sido cuestionado por el antagonista, como su fuerza de justificación o de refutación que ha sido cuestionado por el antagonista.</p> <p>b. El antagonista ha atacado concluyentemente el punto de vista del protagonista, si ha atacado exitosamente sea el</p>	<p>1. Razonamientos que tratan una condiciones necesaria como condición suficiente.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Falacia de la negación del antecedente. - Falacia de la afirmación del consecuente. <p>2. Razonamientos que confunden las propiedades de las partes y del todo.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Falacia de la división. - Falacia de la composición.

	contenido proposicional o la fuerza de justificación o de refutación del acto de habla complejo de la argumentación.	
<p>Regla 8</p> <p>Regla del esquema argumentativo</p> <p>Los puntos de vista no pueden ser considerados como habiendo sido defendidos concluyentemente por una argumentación que no se presente estando basado en un razonamiento formalmente concluyente, si la defensa no tiene lugar por medio de esquemas argumentativos apropiados, que hayan sido correctamente aplicados.</p>	<p>Regla 8</p> <p>a. El protagonista ha defendido exitosamente un acto de habla complejo de argumentación contra un ataque del antagonista con respecto a su fuerza de justificación o de refutación, si la aplicación del procedimiento de inferencia intersubjetiva o la aplicación (después de haber usado el procedimiento intersubjetivo de explicitación) del procedimiento de prueba intersubjetivo produce un resultado positivo.</p> <p>b. El antagonista ha atacado exitosamente la fuerza de justificación o de refutación de la argumentación, si la aplicación del procedimiento de inferencia intersubjetiva o la aplicación (después de haber empleado el procedimiento intersubjetivo de explicitación) del procedimiento de prueba intersubjetivo produce un resultado negativo.</p> <p>Regla 9</p> <p>a. El protagonista ha defendido concluyentemente un punto de vista inicial o un punto de vista subordinado mediante un acto de habla complejo de argumentación, si ha defendido exitosamente tanto el contenido proposicional que ha sido cuestionado por el antagonista, como su fuerza de justificación o de refutación que ha sido cuestionado por el antagonista.</p> <p>b. El antagonista ha atacado concluyentemente el punto de vista del protagonista, si ha atacado exitosamente sea el contenido proposicional o la fuerza de justificación o de refutación del acto de habla complejo de la argumentación.</p>	<p>1. Empleo de un esquema argumentativo inapropiado.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Falacia populista (relación sintomática). - Falacia de los hechos confusos con juicios de valor (relación causal) <p>2. Aplicación de un esquema argumentativo incorrecto.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Falacia de la autoridad (relación sintomática) (argumentum ad verecundiam). - Falacia de la generalización apresurada (relación sintomática) (secundum quid). - Falacia de la falsa analogía (relación de analogía). - Falacia de post hoc ergo propter hoc (relación causal). - Falacia de la pendiente resbaladiza (relación causal).
Etapa de Clausura		
<p>Regla 9</p> <p>Regla de Clausura</p>	<p>Regla 14</p> <p>a. El protagonista está obligado a retractarse del punto de vista inicial si el antagonista lo ha atacado concluyentemente (de</p>	<p>1. Cambios en la conclusión por parte del protagonista.</p>

<p>Las defensas no concluyentes de los puntos de vista no pueden conducir a mantener estos puntos de vista y las defensas concluyentes de los puntos de vista no pueden conducir a mantener expresiones de duda acerca de estos puntos de vista.</p>	<p>la manera prescrita en la regla 9) en la etapa de argumentación (y ha respetado también las otras reglas de la discusión).</p> <p>b. El antagonista está obligado a retractarse de su puesta en duda del punto de vista inicial si el protagonista lo ha defendido concluyentemente (de la manera prescrita en la regla 9) en la etapa de argumentación (y ha respetado también las otras reglas de la discusión).</p> <p>c. En todos los demás casos, ni el protagonista no está obligado a retractarse de su punto de vista inicial ni el antagonista está obligado a retirar su puesta en duda del punto de vista inicial.</p>	<p>- Falacia que rechaza retractarse de un punto de vista que no fue exitosamente defendido. - Falacia que concluye que un punto de vista es verdadero porque ha sido defendido exitosamente.</p> <p>2. Cambios en la conclusión del antagonista.</p> <p>- Falacia que rechaza el retiro de la crítica de un punto de vista que fue exitosamente defendido. - Falacia que concluye que un punto de vista es verdadero porque lo opuesto no fue exitosamente defendido (argumentum ad ignorantiam).</p>
En todas las etapas		
<p>Regla 10</p> <p>Regla general de uso del lenguaje</p> <p>Los discutidores no pueden usar ninguna formulación que sea insuficientemente clara o confusamente ambigua y no pueden malinterpretar deliberadamente las formulaciones de la otra parte.</p>	<p>Regla 13</p> <p>a. El protagonista y el antagonista pueden realizar el mismo acto de habla o el mismo acto de habla complejo con el mismo rol en la discusión solamente una vez.</p> <p>b. El protagonista y el antagonista deben, a su vez, realizar un movimiento de actos de habla (complejos) con un rol particular en la discusión.</p> <p>c. El protagonista y el antagonista no pueden realizar más de un movimiento de actos de habla (complejos) a la vez.</p> <p>Regla 15</p> <p>a. En todas las etapas de la discusión, los discutidores tienen derecho a requerir del otro discutidor que realice un declarativo de uso y a realizar uno de ellos mismos.</p> <p>b. El discutidor al que se le solicita realizar un declarativo de uso por parte del otro discutidor está obligado a hacerlo.</p>	<p>1. Empleo incorrecto de la falta de claridad.</p> <p>- Falacia de falta de claridad (implicación, indefinición, falta de familiaridad, vaguedad)</p> <p>2. Empleo incorrecto de la ambigüedad.</p> <p>- Falacia de ambigüedad.</p>

Nota del esquema del Capítulo Cuarto: Conforme a lo indicado en el Capítulo Cuarto, se ha estimado conveniente agrupar en un cuadro la vinculación existente entre las reglas del código de conducta para discutidores razonables, con su respectiva relación con las reglas de la discusión crítica y las falacias que la pragma-dialéctica asigna a cada regla.

CAPÍTULO QUINTO

LA RETÓRICA, LA RACIONALIDAD LEGISLATIVA Y EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN DISCURSIVA EN LOS HORIZONTES DE LA PERSPECTIVA-PRAGMA-DIALÉCTICA

“El verdadero Maestro es aquel que puede revelar a nuestra visión la forma de lo informe. Es aquel que enseña el sencillo camino de alcanzarle, distinto del de ritos y ceremonias. Es aquel que no pide que se cierren las puertas, ni que se retenga el aliento, ni que se renuncie al mundo. Es aquel que lleva a percibir el Espíritu supremo donde quiera que se fije la meta. Es aquel que enseña a mantener la calma en el bullicio de todas las actividades. Siempre sumergido en la bienaventuranza, sin abrigar mentalmente temor alguno, él mantiene el espíritu de unidad en todo goce.”⁸⁶²

⁸⁶² Kabir, *Poemas místicos*, s/t, 3a. ed., México, Grupo Editorial Tomo, 2009, p. 89.

CAPÍTULO QUINTO

LA RETÓRICA, LA RACIONALIDAD LEGISLATIVA Y EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN DISCURSIVA EN LOS HORIZONTES DE LA PERSPECTIVA-PRAGMA-DIALÉCTICA

I. PANORAMA GENERAL

En el Capítulo Cuarto se ha expuesto la manera en que el código de conducta para discutidores razonables de la pragma-dialéctica, en vinculación con las reglas del procedimiento de discusión crítica puede coadyuvar a identificar algunas restricciones adicionales que requiere considerar el juzgador que consciente o inconscientemente busca concretar su sentido de la justicia en una decisión judicial. Dichas restricciones apuntan a considerar elementos bajo los cuales el juzgador puede proveer de mejor sentido sus sentencias al asegurar la libertad de los participantes que intervienen en el discurso, dar una debida valoración a las actuaciones procesales de las partes en juicio, así como incorporar elementos de análisis y evaluación de la argumentación jurídica. Tales aspectos pueden reforzar la razonabilidad del juzgador, que a su vez, conlleven mejorar la confianza en la función jurisdiccional para resolver las controversias.

Desde luego, se requerirían explorar los límites y líneas de investigación adicionales que se desprenden de dichas reglas. En este tenor, el objetivo del presente apartado es explorar la retórica en la actividad del juzgador; la referencia a la legislación y los principios como punto de partida y la pertinencia de lograr la colaboración de los participantes en el discurso crítico con la finalidad de ejemplificar las distintas aristas que se pueden explorar a partir del empleo de la pragma-dialéctica en la argumentación jurídica. Asimismo, el esquema delineado en el presente capítulo permitirá ilustrar la pertinencia de continuar con el estudio de la pragma-dialéctica, con la finalidad de mejorar la práctica jurídica cotidiana, así como los constructos teóricos de análisis y evaluación de la argumentación jurídica.

II. HACIA UN EQUILIBRIO ENTRE LA RAZONABILIDAD Y LA EFICACIA

Un aspecto que adquiere particular atención en la argumentación jurídica es la persuasión. Aunque no es el objetivo realizar un estudio pormenorizado de la retórica en la presente investigación, valdría la pena considerar la vinculación que realiza tanto Duncan Kennedy, como la pragma-dialéctica, quienes igualmente apuntan a que una decisión judicial además de ser racional, requiere ser convincente.

1. *La retórica en la perspectiva de los Critical Legal Studies*

Duncan Kennedy refiere que para los *CLS*, la retórica se vincula con ganar credibilidad a la sentencia a la cual se desea llegar y generar un efecto retórico particular, que es el de la necesidad jurídica de sus soluciones,⁸⁶³ lo cual busca el convencimiento a la audiencia de la sentencia, y así desvanecer cualquier idea que descubra la manipulación del campo jurídico en que se actúa. Igualmente, se identifica que la influencia ideológica de la decisión judicial proviene de la interpretación entre la retórica específica y técnica de la justificación jurídica y la retórica política general del momento.⁸⁶⁴

De esta manera, la argumentación jurídica se relaciona con el poder legitimador que ésta brinda a la sentencia deseada, mediante el cual se busca reducir la distancia percibida entre lo que exige la ley y la decisión que se toma,⁸⁶⁵ y así cambiar la percepción de lo que aparenta indicar la ley que supuestamente resuelve el caso, y enfocarla hacia el “otro” fundamento jurídico que mejor justifique la decisión deseada. El empleo de argumentos, por una parte, permitirá la persuasión de la audiencia, al indicar que la resolución correspondía a lo que la ley en realidad ordenaba desde un inicio⁸⁶⁶ y evitará que se revoque la sentencia,⁸⁶⁷ lo

⁸⁶³ Cfr. Kennedy, Duncan, “El comportamiento estratégico...”, *cit.*, p. 27.

⁸⁶⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 29.

⁸⁶⁵ Cfr. Duncan, Kennedy, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial...*, *cit.*, p. 128.

⁸⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 127.

⁸⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 175.

que le dará validez y fuerza normativa tanto para el caso presente como los futuros, y revestir así de legitimidad la sentencia deseada.

Como se ha mencionado, del seguimiento de los *CLS*, no se aprecia interés alguno por teorizar en torno a la Filosofía Política, en tanto que para dicha corriente, cualquier postura ideológica del juez es susceptible de incidir en el despliegue de desarrollo de estrategias argumentativas empleadas.⁸⁶⁸ De hecho, los *CLS* refieren a una serie de concepciones irreconciliables de la humanidad y sociedad, o aspiraciones radicalmente diferentes para el futuro común, que se podrían apreciar entre el altruismo y el individualismo, como modos retóricos en el Derecho Privado,⁸⁶⁹ a lo cual se habrían de agregar aquellas concepciones jurídicas que en un momento dado mostraron su función ideológica, tales como la teoría sobre el origen divino del poder real,⁸⁷⁰ la justificación de la esclavitud,⁸⁷¹ la concepción metafísica de los derechos subjetivos, a partir de las ideologías individualistas,⁸⁷² las Ideologías socialistas⁸⁷³ o la tesis del funcionalismo social de las instituciones jurídicas como intento de superación de las ideologías individualista y socialista.⁸⁷⁴ De esta manera, el pertenecer a una corriente ideológica o a otra, no exime que se presenten situaciones contradictorias en la práctica que dificulten la aplicación de la ideología en la decisión judicial, la única diferencia en su caso, existiría en los resultados distintos a los cuales se llegará bajo una u otra ideología.

En este punto, se aprecia la relevancia de la vinculación entre la persuasión y la intención de privilegiar una ideología en una decisión judicial (o incluso en cualquiera de los actos del Estado). Sobre el particular, valdría la pena retomar la opinión de Modesto Saavedra, para quien es el poder de Estado lo que está en juego en la materialidad de los aparatos y ese poder de Estado no se puede detentar

⁸⁶⁸ En general se podría ubicar que la retórica adquiere particular importancia para persuadir acerca de los argumentos que acrediten la preferibilidad de un punto de vista propio ante desacuerdos de naturaleza ideológica. Sobre la vinculación de la retórica con la ideología, Véase Lumia, Giuseppe, *op. cit.*, pp. 141-144.

⁸⁶⁹ *Cfr.* Kennedy, Duncan, "Forma y sustancia...", *cit.*, pp. 180-185.

⁸⁷⁰ *Cfr.* Méndez de Smith, Elisa A., *op. cit.*, pp. 104-107.

⁸⁷¹ Véase *Ibidem*, pp. 107-110.

⁸⁷² Véase *Ibidem*, pp. 110-116.

⁸⁷³ Véase *Ibidem*, pp. 116-126.

⁸⁷⁴ Véase *Ibidem*, pp. 127-134.

sin el recurso a la fuerza de convicción de las ideas, es decir, sin ejercer funciones de dirección ideológica, sin intentar conseguir la adhesión o el consentimiento.⁸⁷⁵

Si se retoma lo expuesto por los *CLS*, la retórica se asocia con un intento de legitimar la sentencia deseada y generar la convicción que se encuentra apegada a la ley, y así el poder legitimador, otorgará un sustento jurídico a la sentencia deseada, una credibilidad al juez y una convicción en el público.

Bajo la intención de orientar el actuar razonable del juzgador, a partir del seguimiento del código de conducta para discutidores razonables, las Reglas 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de dicho código se vincularían además a un convencimiento de la audiencia en el sentido de que la decisión adoptada responde a una necesidad jurídica. En este contexto, la estructura argumentativa generaría un efecto de convencimiento a la audiencia a la cual se encuentra dirigida la decisión. En cualquier caso, es conveniente indagar el contenido de la decisión,⁸⁷⁶ para determinar que ésta se ajusta a los valores reconocidos en el Estado Constitucional de Derecho, un aspecto respecto del cual no ahonda la pragma-dialéctica y que el jurista ha de tener presente en todo análisis y actuación que realice.

2. El juez ante las maniobras estratégicas en el discurso argumentativo

Los relativamente recientes estudios de la pragma-dialéctica incorporan las llamadas maniobras estratégicas en el discurso argumentativo, que buscan mantener el equilibrio entre la meta de la razonabilidad (que se sigue con la dialéctica) y la eficacia (seguida mediante la retórica).⁸⁷⁷ Afirma van Eemeren que junto con la presunción de la razonabilidad involucrada en la argumentación, se requiere igualmente la búsqueda de la eficacia, la cual a consideración de van Eemeren comprende una mayor amplitud que la persuasión, en tanto que no se limita (como es el caso de la persuasión) a partes del discurso argumentativo

⁸⁷⁵ Cfr. Saavedra, Modesto, *op. cit.*, p. 174.

⁸⁷⁶ En este punto se podría retomar a Cicerón para quien "la sabiduría sin elocuencia es poco útil para el Estado, pero la elocuencia sin sabiduría es casi siempre perjudicial o nunca resulta útil." Cicerón, *La invención retórica*, trad. de Salvador Núñez, Madrid, Editorial Gredos, 1997, p. 86.

⁸⁷⁷ Cfr. Eemeren, Frans H. van, *Maniobras estratégicas...*, *cit.*, p. 80.

(argumentos) que puedan reconstruirse como pertenecientes a la etapa de la argumentación, sino que se aplica también a aquellas partes del discurso que pertenecen a la etapa de la confrontación, apertura o conclusión. De esta manera, en todas las fases o etapas del discurso argumentativo, los objetivos de mantener la razonabilidad y lograr la eficacia van de la mano con el movimiento que se realiza.⁸⁷⁸

Así, las maniobras estratégicas en el discurso argumentativo “se refieren a los esfuerzos que se realizan en el discurso para moverse entre la eficacia y la razonabilidad de tal manera que el equilibrio (*equilibrium*) entre las dos se mantenga.”⁸⁷⁹ Por medio de dichas maniobras, las partes intentan reconciliar la búsqueda de sus objetivos retóricos, orientados hacia la aceptación, y de sus objetivos dialécticos, orientados hacia la resolución de diferencias de opinión.⁸⁸⁰ De esta manera, mientras la dialéctica está prototípicamente interesada en intercambios críticos regulados entre las partes involucradas en una diferencia de opinión la retórica por lo general está interesada a influir a la gente mediante la comunicación.⁸⁸¹

Sobre el particular van Eemeren y Houtlosser han distinguido tres aspectos dentro de las maniobras estratégicas, asociados con distintos tipos de elecciones que se efectúan en las maniobras. Dichas elecciones son: 1) la elección hecha a partir del potencial tópico disponible; 2) la elección sobre cómo adaptar los movimientos argumentativos realizados en las maniobras estratégicas a la demanda de la audiencia, esto es, a los requisitos relativos a la audiencia que se pretende alcanzar, y 3) explotación de los “dispositivos de presentación”, que conlleva una elección sobre cómo se presentarán los movimientos argumentativos en la forma en que sean mejores estratégicamente. De esta manera, al analizar y evaluar el discurso argumentativo, se necesita identificar, para cada movimiento

⁸⁷⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 80-81.

⁸⁷⁹ *Ibidem*, p. 83.

⁸⁸⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 84.

⁸⁸¹ Cfr. *Ibidem*, p. 98.

argumentativo y para cada serie de movimientos, los tres aspectos de las maniobras estratégicas y cómo emplear los dispositivos de presentación.⁸⁸²

En general, el objetivo retórico a seguir en etapa de confrontación busca adaptarse a los requerimientos del auditorio y optar por la presentación del punto de vista que resulte más conveniente para la defensa o ataque; en la etapa de apertura, se buscará establecer los puntos de partida de la manera más favorable que resulte a sus intereses (e incluso hacer las concesiones necesarias para favorecer a los propios intereses); en la etapa argumentativa, se intentará realizar las selecciones estratégicas necesarias para tratar de hacer la postura lo más fuerte posible o lanzar ataques más efectivos, y en la etapa de la conclusión, se buscará emplear enunciados conclusivos para terminar con cualquier ataque o cuestionamiento, y así cada parte afirmará que su propia posición ha salido victoriosa, es decir, el protagonista buscará dejar en claro que el punto de vista defendido puede mantenerse, mientras que los antagonistas tratarán de probar lo contrario.⁸⁸³ Si bien la retórica es significativa para presentar la defensa o ataque del punto de vista en beneficio propio, sin embargo, la particularidad de la pragma-dialéctica es que las funciones de la retórica solamente pueden ser atribuidas a los enunciados insertos en un marco dialéctico.⁸⁸⁴

Bajo este esquema, una motivación adicional para el seguimiento de las reglas de discusión crítica, así como del código de conducta para discutidores razonables, apunta a lograr una mayor posibilidad de persuadir al auditorio. De esta manera, si al buscar concretar una ideología en la decisión judicial, el juzgador transgrediera por ejemplo, la Regla 8 del código de conducta para discutidores razonables, referente al esquema argumentativo, y no considerara las actuaciones procesales de las partes, dicha transgresión puede redundar en una disminución de los alcances de la persuasión.

⁸⁸² Cfr. *Ibidem*, pp. 158-160.

⁸⁸³ Cfr. Eemeren, Frans H. van, *Maniobras Estratégicas...*, cit., pp. 86-89.

⁸⁸⁴ Véase Eemeren, Frans H. van y Houtlosser, Peter, "Rhetorical Rationales for Dialectical Moves: Justifying pragma-dialectical Reconstructions", en Klumpp, J. F. (ed.), *Argument in a time of change*, Utah, National Communication Association, 1997, p. 55.

De las posturas referidas, se aprecian los alcances retóricos de una argumentación sólida, la cual permite generar un efecto de necesidad para convencer del sentido de la decisión adoptada, lo cual exhorta al jurista a tener especial cuidado con la actividad de argumentar, así como de analizar y evaluar debidamente la argumentación jurídica, de suerte que le permitan conocer: si efectivamente el juez ha dado un debido respaldo a su decisión, identificar la manera en que busca el convencimiento a través de la argumentación, y en su caso, determinar cuál es el efecto de necesidad que se quiere externar y de qué manera la ideología subyace en esa decisión.

Un aspecto, que igualmente valdría la pena reconsiderar en la retórica es la pertinencia de considerar a las partes en juicio, en los términos mencionados en el Capítulo Cuarto, lo cual apunta a lo que ya mencionaban Perelman y Olbrechts-Tyteca, en el sentido de que al auditorio “le corresponde el papel más importante para determinar la calidad de la argumentación y el comportamiento de los oradores.”⁸⁸⁵ De esta manera, el juez por un lado asume la obligación de dirigirse por un lado a los justiciables para dar una óptima solución a su controversia, y por el otro lado, los justiciables (y en general la sociedad) requieren analizar y evaluar debidamente la argumentación del juzgador.

III. LEGISLACIÓN Y PRINCIPIOS JURÍDICOS COMO PUNTOS DE VISTA INICIALES DE LA DISCUSIÓN CRÍTICA

1. *La legislación en el discurso jurídico*

Bajo la postura de Alexy, la teoría del discurso requiere al Derecho para alcanzar un acuerdo con base en la Constitución de las múltiples cuestiones políticas y de la vida social.⁸⁸⁶ Aunque conforme a lo expuesto en la presente investigación, las reglas de la discusión crítica, como tales no buscan un acuerdo, sino que se limitan a la resolución de una controversia, en este punto, se aprecia la importancia que

⁸⁸⁵ Cfr. Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *op. cit.*, p. 62.

⁸⁸⁶ Cfr. Alexy, Robert, “Justicia...”, *cit.*, p. 167.

reviste la Constitución para el discurso jurídico. Dicha referencia, a su vez, nos evoca a considerar igualmente la relevancia de la legislación en el discurso crítico.

Al efecto, la importancia de la legislación en términos generales, se contextualizará en tres aspectos: la legislación como punto de partida en una discusión crítica, la legislación procesal y la colaboración entre el legislador y el juzgador para asegurar el Estado Constitucional de Derecho. Se reitera que solamente se darán algunas referencias generales, ya que exponer el contenido ideal de la Constitución y la legislación requeriría un amplio análisis que excede de los alcances de la presente investigación.

A. La legislación como punto de partida de una discusión crítica

Conforme a lo indicado en los Capítulos Segundo y Cuarto, el punto de partida de una discusión crítica se vincula con la legislación, en tanto que constituye la base sobre la cual se formula las acciones, excepciones y defensas, así como sobre la que recae la interpretación o aplicación para resolver un caso concreto.

En virtud de que la pragma-dialéctica simplemente busca resolver una controversia de manera racional, es necesario reconsiderar algunos puntos marginales en torno a la ley, que contribuirían a reforzar el actuar razonable del juzgador.

Si bien, se podría indagar el problema de la justificación ética que pueda realizar el juzgador para dejar de aplicar ante una ley que se considere injusta,⁸⁸⁷ en este apartado, solamente se abordarán algunos puntos en los cuales se estima conveniente enfatizar la importancia de la legislación en la decisión judicial.

En efecto, en el empleo del código de conducta para discutidores razonables, el punto de vista es significativo para el desarrollo de la discusión crítica y resolver adecuadamente un conflicto en particular. Ciertamente, no basta con sólo zanjar una diferencia de opinión, como lo aducen los pragma-dialécticos, sino

⁸⁸⁷ En torno al problema de la aplicación de la norma que se considera injusta o inmoral y la justificación ética que puede realizar el juzgador, Véase Evers, Hans-Ulrich, *Der Richter und das unsittliche Gesetz*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1956, pp. 128-129.

zanjarla con base en los ideales del Estado Constitucional de Derecho, para lo cual se requiere contar con una adecuada legislación. Se parte de que bajo la ley, es posible generar confianza entre la ciudadanía de que sus controversias serán resueltas adecuadamente, mediante su debida participación en el juicio, así como con base en los valores consagrados constitucionalmente.⁸⁸⁸

Al efecto, es preciso indagar la exigencia a que la tarea legislativa se encuentre racionalizada y elaborada bajo los principios y valores que la norma fundamental reconoce.⁸⁸⁹ Así, junto con el interés de formular una teoría de los enunciados jurídicos, la cual debe esclarecer, en relación con cada tipo de enunciado, indagar cuáles son sus rasgos estructurales, qué tipo de razón para la acción proporciona y cómo se conecta con los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad.⁸⁹⁰ La indagación de la racionalidad de la legislación, conduce a un tipo de análisis interno, que busca reconstruir los elementos de una actividad legislativa y explorar las técnicas a utilizar para incrementar la racionalidad.⁸⁹¹

La racionalidad legislativa encuentra una exposición significativa en la obra de Manuel Atienza, quien identifica cinco modelos, ideas o niveles de racionalidad, a saber: una racionalidad comunicativa o lingüística (R1), en cuanto a que el emisor (edictor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario); una racionalidad jurídico formal (R2), que supone que la nueva ley requiere debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico; una racionalidad pragmática (R3), que exige que la conducta de los destinatarios se adecue a lo prescrito en la ley; una racionalidad teleológica (R4), que supone que ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una racionalidad ética (R5), indicativa de que las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de una justificación ética.⁸⁹²

⁸⁸⁸ Al efecto, se podría retomar a Aristóteles para quien la tarea del legislador no consiste solamente en constituir un régimen político determinado, sino en buscar la preservación de ese régimen. *Cfr.* Aristóteles, "Política", en *Ética Nicomaquea. Política.*, trad. de Antonio Gómez Robledo, 23a. ed., México, Porrúa, 2013, p. 373.

⁸⁸⁹ *Cfr.* Suárez Romero, Miguel Ángel, *Crisis de la Ley y Estado Constitucional. ...*, *cit.*, p. 141.

⁸⁹⁰ *Cfr.* Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, pp. 2-3.

⁸⁹¹ *Cfr.* Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría...*, *cit.*, p. 28.

⁸⁹² Para una exposición completa del tema, Véase *Ibidem*, pp. 26-40.

Conforme a lo expuesto, el seguimiento de reglas de la pragma-dialéctica, y concretamente al punto de vista inicial de la discusión crítica, exhorta a buscar en otras posturas teóricas los elementos que puedan ser significativos para la conducción del desarrollo del discurso. Concretamente, los juristas en general requieren considerar los presupuestos de racionalidad legislativa para deliberar los alcances de una norma sobre la que se decida una controversia.

B. Notas en torno a la legislación en materia procesal

Un aspecto adicional en donde se ubicaría el papel significativo que desempeña la ley es en materia procesal. Para Bentham, las leyes no tendrían ningún efecto si el legislador no crease al mismo tiempo otras leyes, cuyo objetivo es hacer cumplir las primeras; dichas leyes son las del procedimiento, las cuales tienen por finalidades: 1) la rectitud en las decisiones; 2) celeridad, 3) economía, 4) eliminación de los obstáculos superfluos.⁸⁹³

En este tenor, resultaría conveniente indagar si en materia procesal son adecuadas las disposiciones relativas a la formulación de una pretensión y las correspondientes excepciones y defensas, ofrecimiento de pruebas y la carga probatoria, valoración de pruebas, presentación de alegatos y la posibilidad de interponer algún medio de defensa cuando se estime que la decisión no se encuentra ajustada a Derecho. Para tales efectos, las reglas del discurso pueden ser significativas para revisar la manera en que se encuentra previsto un determinado procedimiento y en su caso, reformar aquellas disposiciones que entorpezcan o dificulten injustificadamente la intervención y defensa de las partes.

Así, se advierte que las normas jurídicas que regulan el procedimiento han de procurar cierto contenido que permita asegurar que las partes, cuenten con la debida oportunidad para defender un derecho, oponer las debidas excepciones y defensas, regular la carga de la prueba, ofrecer alegatos y regular las exigencias de exhaustividad y congruencia del juzgador para fundar y motivar su decisión, así

⁸⁹³ Cfr. Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, op. cit., pp. 3-5.

como la oportunidad de presentar los mecanismos y recursos de defensa necesarios en contra de la decisión del juzgador, en caso de que ésta no se encuentre apegada a Derecho, de donde surge que efectivamente las normas procedimentales desempeñan un papel fundamental en el contexto genérico de la resolución racional de diferencias.⁸⁹⁴ En este esquema, la perspectiva pragma-dialéctica podría contribuir a incorporar nuevas perspectivas a la doctrina procesal,⁸⁹⁵ sobre todo para reforzar el carácter dialógico del juicio.

Nuevamente se aprecia que la legislación procesal pueda ser significativa para hacer efectivos los valores del Estado Constitucional de Derecho, en tanto que permiten conocer las formalidades bajo la cual manera en que es posible acudir al juzgador para solicitar la protección de un derecho que se estime vulnerado, las defensas, medios probatorios, alegatos, requisitos formales de la sentencia, así como los medios de defensa que puedan interponer los individuos.

C. Colaboración entre el juzgador y el legislador

Un tercer aspecto que se desprende del punto de partida a que aluden las reglas de la pragma-dialéctica, se relaciona con la colaboración entre el juzgador y el legislador. Concretamente, se requeriría que el legislador coadyuve aunque sea indirectamente para orientar al juzgador, a través de los códigos de procedimientos, para continuar con el reforzamiento del carácter dialógico del discurso, o con la revisión del contenido de las normas jurídicas, a partir de lo cual es posible solucionar una diferencia de opinión con base en los valores que postula el Estado Constitucional de Derecho.

Aquí es conveniente retomar lo aducido por Perelman en cuanto a que:

⁸⁹⁴ En torno a las etapas en que se divide el proceso y las teorías de la acción, Véase Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 10a. ed., México, Oxford, 2004, pp. 113-127.

⁸⁹⁵ En torno a la evolución de la doctrina procesal, se identifican cinco periodos, a saber: el primitivo, judicialista, práctico, procedimentalista y procesalista. Al efecto, Véase Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de Teoría General...*, cit., pp. 295-315.

El hecho de que el juez deba someterse a la ley subraya la primacía otorgada al poder legislativo en la elaboración de las reglas de Derecho, mas ello no resulta en modo alguno un monopolio legislativo en la formación del Derecho. El juez posee, a este respecto, un poder complementario indispensable, que le permite adaptar los textos a los casos concretos.⁸⁹⁶

Agrega dicho autor que “la visión de las relaciones entre el legislativo y el judicial supone que, en un Estado de derecho, el poder judicial no se encuentra nunca ante un vacío normativo y que los textos válidamente promulgados continúan siendo válidos hasta el momento en que son derogados de manera explícita o implícita.”⁸⁹⁷

Una referencia adicional a la vinculación de la labor del juzgador con la del legislador, la aborda Suárez Romero para quien los jueces están y deben estar sujetos a la Ley, en tanto que las Constituciones de las democracias actuales garantizan la igualdad, libertad, seguridad jurídica, el principio de legalidad y la ausencia de arbitrariedad de las actuaciones de los poderes públicos.⁸⁹⁸ Para dicho autor, la aceptación del avance del Estado de Derecho al Estado Constitucional no implica una sustitución del señorío del legislador por el del juez, sino que simplemente el legislador debe entender que las leyes que elabora son sólo parte y no todo el Derecho, en tanto que los jueces, se constituyen como garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre la Ley, principios y derechos fundamentales, quienes en el ejercicio de sus funciones están sometidos a diversas reglas.⁸⁹⁹

Lo anterior expone que la resolución de conflictos en el Estado Constitucional de Derecho requiere de un trabajo conjunto, entre el legislador y el juzgador, a fin de asegurar que la decisión se encuentra sustentada tanto sobre una base racional (referente al contenido de la ley –en sentido amplio- y al seguimiento de las reglas del discurso), como a la razonabilidad exigida a los participantes.

⁸⁹⁶ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica...*, cit., p. 196.

⁸⁹⁷ *Idem*.

⁸⁹⁸ Cfr. Suárez Romero, Miguel Ángel, “Ley, principios jurídicos y derechos fundamentales en el actuar de los jueces y legisladores. Una propuesta positivista ante la templanza del constitucionalismo”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 36, Época II, Enero 2017, p. 243.

⁸⁹⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 244.

2. El latente problema de los principios

En el Capítulo Tercero se refirió a la manera en que los principios pueden facilitar que el juez concrete su proyecto ideológico en una decisión judicial. Al margen de lo anterior, el empleo de la pragma-dialéctica supone una problemática de fijar los alcances de los principios para resolver una diferencia de opinión. Si bien el tratamiento del tema requeriría una investigación más amplia, sin embargo, se referirán algunas notas para continuar con la reflexión de los principios para estar en posibilidad de incorporarlos en una decisión judicial.

El primer problema que se advierte son las dificultades del término de los principios. Para Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, existe una triple clasificación: 1) Principios en sentido estricto, en donde la norma expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico y directrices programáticas para perseguir determinados fines; 2) Principios en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito y del sistema secundario o sistema del juez (y, en general, de los órganos jurídicos), lo cual implica una distinción entre los principios (pautas de comportamiento formulables como principios en sentido estricto o como normas programáticas) dirigidos a guiar la conducta de la gente y aquellos dirigidos a guiar el ejercicio de los poderes normativos públicos (la creación o aplicación de normas) de los órganos jurídicos; y 3) Principios explícitos -formulados expresamente en el ordenamiento jurídico- y principios implícitos -extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, el principio de que las normas han de interpretarse como si las hubiera dictado un legislador racional).⁹⁰⁰ Aquí se puede apreciar las diversas formas de concebir los principios, sin que exista contundencia en torno a cuál es la correcta. En este supuesto, se ha de verificar que el principio empleado sea idóneo para resolver adecuadamente la controversia.

Un segundo problema que se advierte del seguimiento de los principios, es el contenido de los mismos. En general se advierte la exigencia de que el Derecho vigente o válido sea justo, es decir, que sea conforme a aquellos criterios ideales

⁹⁰⁰ Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, pp. 5-6.

que deben presidir la buena dirección y el ordenado desarrollo de la cosa pública, criterios a los que se les vincula con la justicia.⁹⁰¹ Sin embargo, la justicia involucra la búsqueda del criterio conforme al cual pueden valorarse como justa o injusta una conducta determinada y la norma en la que ésta aparece inspirada, con lo cual el problema de la justicia es el problema de los valores jurídicos, de su fundamento y de sus contenidos.⁹⁰²

En este punto, la Filosofía Política podría aportar interesantes referencias para determinar qué tipo de justicia se desea alcanzar, lo cual representa una exhortación al jurista para indagar los criterios sustantivos que se requieren considerar en el tema de la justicia, la manera en que se pueden incorporar en el Derecho y hacerlos efectivos en la realidad.

Lo que no se puede permitir es una “Justicia Subhumana”, en la que cada individuo reciba beneficios y daños atendiendo a su propia naturaleza,⁹⁰³ ni un asalto o “secuestro subversivo” de la Justicia, tendiente a degradarla, mutilarla u ocultarla, por otros valores o situaciones que se arrojan su material estimativo.⁹⁰⁴ Así, un punto central en la consecución de la Justicia, se relaciona con la comprensión de importancia del ser humano en toda su esencia, y se le aprecie como un ser digno. A partir de lo anterior, se podría considerar que en la realización de la justicia, es pertinente partir de la necesidad de encontrar una base de acuerdo, que permita un acercamiento tanto a las aspiraciones básicas de los individuos, como aquellas situaciones que se desean evitar por considerarse en sí mismas perjudiciales para el género humano.⁹⁰⁵ El conjunto de estas aspiraciones y temores, podría favorecer la aproximación a un criterio universal de justicia, que aceptado por todas las personas y pueblos.⁹⁰⁶

⁹⁰¹ Cfr. Lumia, Giuseppe, *op. cit.*, p. 113.

⁹⁰² Cfr. *Ibidem*, pp. 114-117.

⁹⁰³ Cfr. Spencer, Herbert, *La Justicia*, trad. de Pedro Forcadell. Buenos Aires, Editorial Heliasta, s/f, pp. 12-15.

⁹⁰⁴ Cfr. Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *Ubicación de la Justicia en el Mundo del Valor. (El asalto al valor Justicia)*, http://www.centrodefilosofia.org.ar/lyD/iyd39_15.pdf

⁹⁰⁵ Cfr. Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, pp. 112-115.

⁹⁰⁶ Cfr. Perelman, Chaïm, *De la Justicia*, trad. de Ricardo Guerra, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Estudios Filosóficos, 1964, pp. 50-51.

De lo anterior se desprende que la justicia, como punto de vista inicial de una discusión crítica estará sujeta a una serie de dificultades que involucran desde la identificación del tipo de principio jurídico al cual se alude, como al propio contenido de los ideales de la justicia sobre los que se quiere partir. Dicha dificultad, conllevará una mayor exigencia en el aparato argumentativo que justifique el por qué se elige una postura en relación con los principios y en qué contribuye a resolver una controversia determinada. Lo anterior, advierte que el tema de la definición de los puntos de vista iniciales en un discurso crítico conlleva diversas dificultades que involucran una precisión normativa, ideológica y valorativa de los que el jurista requiere tomar conciencia de su importancia.

IV. COLABORACIÓN DE LOS PARTICIPANTES EN EL DISCURSO CRÍTICO

1. *Hacia una reconsideración del tema del poder en el discurso jurídico*

Un tema adicional que valdría la pena considerar refiere a la manera en que en un discurso jurídico se puede manifestar la relación de poder. Si bien ya se han adelantado algunas notas del poder en el Capítulo Tercero, la referencia por ahora apunta a considerar que las reglas del discurso crítico pueden coadyuvar buscar un equilibrio entre los participantes en el discurso.

Para Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, junto con la tendencia a acrecentar el poder del Derecho en la sociedad, aumenta también la demanda de que ese poder esté limitado por criterios morales que los ordenamientos jurídicos tienden a incorporar bajo la forma de derechos humanos o derechos fundamentales y de lo cual depende que se desarrolle una teoría y una práctica adecuada de los principios jurídicos.⁹⁰⁷ De esta postura se desprende que la limitación al poder estaría dada por la moral, a través de los derechos fundamentales.

En este rubro, podría ser igualmente significativo el discurso jurídico para atenuar las desigualdades injustificadas del poder. Lo anterior conlleva reconsiderar

⁹⁰⁷ Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, p. 25.

la igualdad y no exclusión en el discurso, así como la dinámica dialéctica que subyace en la discusión, que implica dar la debida consideración a los argumentos de los participantes en un discurso, independientemente de las condiciones sociales, económicas, culturales y políticas en que se encuentren. A su vez, la referencia a la igualdad y no exclusión exhortará a considerar la importancia de no imponer criterios arbitrarios para excluir la participación de los individuos en el discurso o entorpecer el acceso a la justicia, y en su caso, adoptar las medidas necesarias para que personas en situación de vulnerabilidad tengan acceso a la justicia.⁹⁰⁸ Dicho aspecto se vincula con la protección de los derechos humanos, a efecto de dar un respaldo jurídico al objetivo discursivo de igualdad no exclusión, que a su vez permita dar un sustento racional a la discusión.

Incluso, resultaría conveniente aludir a Habermas quien refiere que:

La justificación de la existencia del Derecho no radica primariamente en la protección de iguales derechos subjetivos, sino en la garantía que ofrece un proceso inclusivo de formación de la opinión y la voluntad, en el que los sujetos iguales y libres se entienden acerca de qué objetivos y normas son en interés común a todos.⁹⁰⁹

Para Alexy, la exclusión o supresión de personas o argumentos –excepto por razones pragmáticas que tienen que ser justificadas- no es una argumentación racional, y que sus justificaciones defectuosas.⁹¹⁰

Junto con la igualdad y no exclusión, adquiere particular importancia la relación dialéctica para evitar distorsiones del poder. Ciertamente, la posibilidad de favorecer intercambio ordenado de argumentos y debida consideración de argumentos (que en el código de conducta para discutidores razonables corresponderían a las Reglas 3, 4, 5, 6, 7 y 8) evitarían que criterios arbitrarios y subjetivos interfieran en la solución de una controversia. Jurídicamente es posible

⁹⁰⁸ Véase Tesis 1a. CXXXIII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, abril 2016, p. 1103.

⁹⁰⁹ Habermas, Jürgen, *Facticidad...*, *cit.*, p. 344.

⁹¹⁰ Cfr. Alexy, Robert, “Derechos, Razonamiento Jurídico...”, *cit.*, p. 40.

admitir ciertos criterios materiales que permitan una consideración especial para la interpretación de las normas jurídicas,⁹¹¹ lo que en todo caso requiere un sustento debidamente justificado.

2. Colaboración de los participantes en el discurso

Conforme a lo adelantado en los anteriores capítulos, el empleo del código de conducta para discutidores razonables ofrece como limitante la ausencia del consenso o de una referencia a la justicia en la solución de una diferencia de opinión, un tema que sí se encuentra presente en Jürgen Habermas y Robert Alexy.

En general se estima que la libertad y la igualdad son constitutivas del discurso. Para fundamentar la libertad jurídica se necesita la premisa de que cualquiera que guíe el discurso con interés en resolver problemas políticos a través de un consenso controlado y generado discursivamente tiene que reconocer la libertad de los otros también fuera del discurso.⁹¹² Al efecto, también en Habermas se encuentra la intención de que los participantes estén dispuestos a cumplir con las expectativas de cooperación y seguir determinadas reglas dentro del discurso.⁹¹³

Para el autor en comento, la corrección de las normas se puede fundar en el cumplimiento del principio de universalización, el cual expresa una exigencia de imparcialidad, y establece que una acción o una norma solo pueden considerarse moralmente correctas en la medida en que puedan recabar la aprobación de quienes se vean afectados por ellas, y en el principio del discurso (D), que supone la exigencia de que el examen de la corrección de una norma se lleve a cabo mediante una deliberación real entre los afectados, en lugar de llevarse a cabo mediante la reflexión solitaria de un agente moral aislado, como sucede en la ética

⁹¹¹ A manera de ejemplo, en el Derecho Positivo Mexicano, se puede apreciar el segundo párrafo del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; establece que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Igualmente, en materia laboral adquiere relevancia el artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo que prevé la interpretación más favorable al trabajador.

⁹¹² Cfr. Alexy, Robert, "La institucionalización...", *cit.*, p. 238.

⁹¹³ Cfr. Habermas, Jürgen, *La ética del discurso...*, *cit.*, p. 30.

de Kant.⁹¹⁴ En seguimiento al pensamiento de dicho autor, en las relaciones cooperativas, los participantes renuncian a utilizar el engaño, y aún más, para dicho autor en el discurso argumentativo, las estructuras de una situación de habla se encuentran inmunizadas contra la represión y la desigualdad.⁹¹⁵ La participación en el discurso, es igualmente significativa en normas polémicas, las cuales únicamente encontrarían aceptación en un discurso práctico cuando la regla de universalidad es válida, esto es, cuando todos pueden aceptar libremente las consecuencias y efectos colaterales que se producirán previsiblemente del cumplimiento general de una norma polémica para la satisfacción de intereses de cada uno.⁹¹⁶

Para Karl-Otto Apel, la ética discursiva supone una cooperación solidaria de los individuos en la fundamentación de las normas morales y jurídicas susceptibles de consenso. En este punto, el autor en cuestión señala que el consenso a costa de tercero o por chantaje no ofrece resultados éticamente deseables en las discusiones prácticas.⁹¹⁷ Para dicho autor, “aquel que argumenta seriamente tiene que hacer valer, tanto si lo admite como si no, las condiciones y los presupuestos ideales y universalmente válidos de la comunicación en una comunidad ideal de comunicación”.⁹¹⁸ Agrega Apel que al argumentar seriamente se reconoce además de la corresponsabilidad, la igualdad de derechos de todos los participantes en la comunicación, en tanto que se supone necesariamente siempre como finalidad del discurso la capacidad universal de consensuar todas las soluciones de los problemas.⁹¹⁹ Dicho autor, extiende los alcances de la corresponsabilidad, de manera que el hacer posible la moral dentro del Estado de Derecho, requiere el reconocimiento de las normas por parte de los afectados.⁹²⁰

⁹¹⁴ Cfr. López de Lizaga, José Luis, “Diferenciaciones en el concepto de corrección normativa. Derecho y moral en la Filosofía de Habermas”, en Blasco Aznar, Pedro Luis (ed.), *La Justicia entre la Moral y el Derecho*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 69-70.

⁹¹⁵ Cfr. Habermas, Jürgen, *Conciencia moral...*, cit., pp. 111-112.

⁹¹⁶ *Ibidem*, p. 116.

⁹¹⁷ Cfr. Apel, Karl-Otto, *Teoría de la Verdad...*, cit., pp. 148-154.

⁹¹⁸ *Ibidem*, p. 157.

⁹¹⁹ Cfr. *Idem*.

⁹²⁰ Cfr. Apel, Karl-Otto, “La ética del discurso como ética de la responsabilidad: Una transformación postmetafísica de la ética”, en Apel, Karl-Otto y Düssel, Enrique, *Ética del Discurso y Ética de la Liberación*, Madrid, Trotta, 2004, p. 65.

Así, de las posturas de los autores en comento, se desprende que en una argumentación seria, la participación de la totalidad de los involucrados se asocia a la posibilidad de una corrección moral de una acción o norma, y en donde la exclusión de alguna persona o argumento, supondría un alejamiento de la argumentación racional. Si bien, en las posturas referidas la consideración de todos los participantes en el discurso se vincula con la posibilidad de llegar a un consenso, el principio de colaboración e igualdad podría coadyuvar a atenuar las condiciones injustificadas de poder en el discurso.

En este punto el discurso ofrecería un lugar a quienes se adscriben a posturas como el feminismo, el multiculturalismo, el nacionalismo y la lucha contra la herencia eurocéntrica del colonialismo, que a consideración de Habermas, dichos movimientos de emancipación con objetivos políticos colectivos definidos en clave cultural (y no económica o de dependencia política) ofrecen resistencia contra la opresión, la marginación y el desprecio, y de este modo luchan por el reconocimiento de las identidades colectivas, sea en el contexto de una cultura mayoritaria o en la comunidad de los pueblos.⁹²¹ Para dicho autor, en las sociedades multiculturales, la coexistencia de las formas de vida en igualdad de derechos significa para cada ciudadano una oportunidad asegurada de crecer de una manera sana en el mundo de una cultura heredada.⁹²² Enrique Düssel da un paso adicional para reconocer la inclusión del “otro” en el discurso, en tanto que más allá de considerar como factor de exclusión a un fenómeno cultural, se requiere considerar a los económicamente desaventajados (el “pobre”, el oprimido o el explotado), cuya irrupción puede permitir proyectar y realizar una comunidad futura más justa sobre otras bases y lograr así una transformación radical.⁹²³

Lo anterior refleja nuevamente que la inclusión de los participantes en el discurso requiere de una apertura hacia las condiciones culturales y económicas de

⁹²¹ Cfr. Habermas, Jürgen, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de Derecho”, trad. de Juan Carlos Velasco Arroyo, en *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1999, p. 198.

⁹²² Cfr. *Ibidem*, p. 211.

⁹²³ Cfr. Düssel, Enrique, “La Introducción de la Transformación de la Filosofía de K.O. Apel y la Filosofía de la Liberación. Reflexiones desde una perspectiva latinoamericana”, en Apel, Karl-Otto y Düssel, Enrique, *Ética del Discurso y Ética de la Liberación*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 104-123.

individuos o clases desaventajadas, las cuales en todo momento se deben tomar en consideración al momento de tomar acciones o emitir alguna norma. La inclusión de dichos grupos permitirá un debate más fructífero y una solución acorde a las inquietudes y necesidades de la totalidad de los participantes. Por ello, es pertinente reforzar la importancia de la participación en un discurso, que aterrizado en el acceso e impartición a la justicia, dicho tema apunta a reconsiderar los derechos y dignidad⁹²⁴ de las partes en juicio, de suerte que el juzgador dé el debido respeto a éstas, sin importar la ideología a la que se adscriba. De esta manera, el seguimiento de reglas discursivas, entre las que se encuentran las de la pragma-dialéctica, requieren contar con una vinculación con los valores del Estado Constitucional de Derecho.

Lo abordado en el presente apartado refleja que las reglas del discurso crítico de la pragma-dialéctica pueden dar lugar a diversos estudios tendientes a reforzar la solución de controversias. En este tenor, el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica es un referente para proveer de criterios procedimentales confiables y orientar la actuación razonable de los titulares de los órganos del poder público y generar una mayor confianza de los individuos de que cuentan con instituciones y procedimientos idóneos de un Estado Constitucional de Derecho.

V. CONSIDERACIONES FINALES DEL CAPÍTULO QUINTO

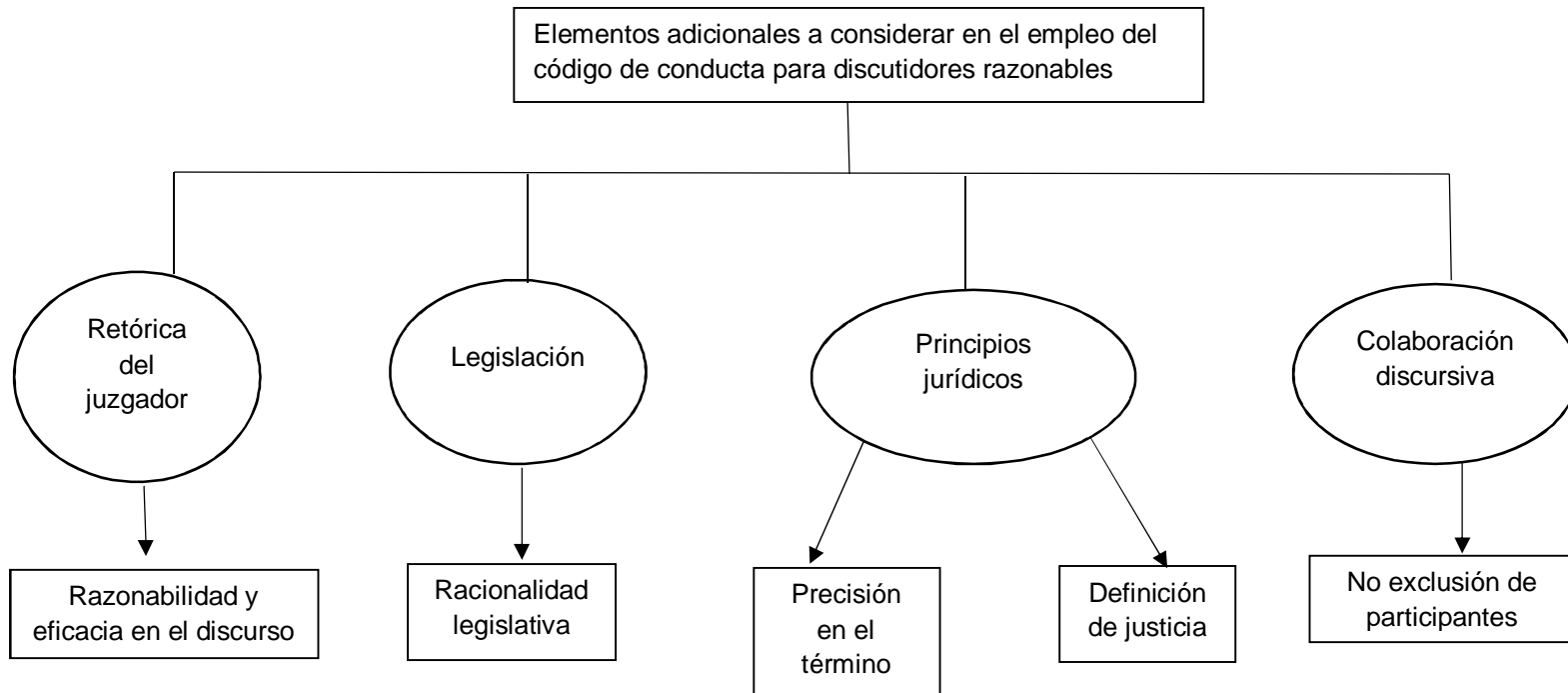
El empleo del código de conducta para discutidores razonables de la pragma-dialéctica advierte la pertinencia de reconsiderar otros temas de estudio, entre los que destaca la retórica del juzgador, el contenido de la norma jurídica, la fijación del contenido de los principios jurídicos y el tipo de ideologías en conflicto en un Estado Constitucional de Derecho. Otro aspecto que es conveniente resaltar es el principio de cooperación discursiva, el cual puede ser auxiliar en alcanzar el ideal de no excluir a ningún participante del discurso, ni imponerle condiciones injustificadas para su participación en el discurso. Bajo dicho principio se busca que el juzgador

⁹²⁴ En torno a la dignidad, Véase Dworkin, Ronald, *Justicia para Erizos*, trad. de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 239-271.

considere la intervención de los participantes en un discurso y evalúe adecuadamente sus argumentos, previo a solucionar un problema determinado.

Lo expuesto en el presente capítulo expone ejemplos de líneas de investigación adicionales que se pueden considerar en el empleo del código de conducta para discutidores razonables el cual puede ser significativo para orientar el actuar de los juristas y mejorar la práctica jurídica cotidiana.

ESQUEMA DEL CAPÍTULO QUINTO



Esquema 5: El presente esquema expone dos aspectos adicionales sobre los cuales resulta conveniente incorporar criterios adicionales a considerar para evaluar el comportamiento del juzgador.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

La perspectiva pragma-dialéctica de la argumentación permite orientar el actuar razonable del juzgador, al exhortarlo a asegurar la libertad discursiva en el discurso jurídico, reforzar el aparato argumentativo de la decisión, así como reconsiderar la importancia de la relación entre el juzgador y las partes en juicio.

El actuar razonable del juzgador es significativo para alcanzar los valores y fines del Estado Constitucional de Derecho, mediante la resolución racional de las controversias y la protección de los derechos de los individuos. Asimismo, dicho actuar proporciona un elemento de confianza en la actividad jurisdiccional, en tanto que permite asegurar que la resolución de una controversia no ha sido adoptada de manera arbitraria, subjetiva o exclusivamente conforme a su sentido de la justicia.

Bajo el esquema de libertad y restricción en la decisión judicial, es posible apreciar que el juzgador no tiene libertad absoluta para decidir, sino que en todo momento se ha de ceñir a las normas jurídicas, al razonamiento jurídico y a los valores que enarbola el Estado Constitucional de Derecho.

Aunado a lo anterior, el estudio de la pragma-dialéctica aporta un elemento adicional que puede restringir al juzgador para llegar a la sentencia deseada que apunta a considerar la relación del juzgador con los sujetos procesales en juicio, esto es, las partes. Si bien, dicha relación se encuentra contemplada en la legislación procesal, la perspectiva pragma-dialéctica -en vinculación con la crítica a la neutralidad judicial-, apunta a considerar que aun en el supuesto de que el juzgador busque concretar su sentido de la justicia o un proyecto ideológico en la sentencia, se requiere dar el debido respeto a las partes en juicio, con el correspondiente estudio pormenorizado y exhaustivo de los hechos, pruebas y alegatos invocados en juicio, que en conjunto permitan proveer de mejor sentido una sentencia.

Ciertamente, el interés de la pragma-dialéctica por proponer reglas que guíen el comportamiento de los participantes en una discusión, permite desprender la importancia de respetar la intervención de los sujetos para resolver una controversia, considerar debidamente los puntos de vista iniciales que asumen los

participantes, así como la obligación de argumentar debidamente la postura asumida. Así, el juez que busca llegar a la sentencia deseada, no puede ser indiferente a las partes en el juicio, ni mal interpretar los alcances probatorios y alegaciones de alguna de las partes. La adecuada relación del juez con las partes en juicio con su respectiva consideración al momento de emitir una sentencia es un factor que conduce a reforzar la confianza en la labor del juzgador.

Al margen de las restricciones que desde la pragma-dialéctica se imponen al actuar del juzgador, es posible identificar que dicha perspectiva aporta elementos significativos en la mejora de la argumentación jurídica, entre los que destaca la sistematización de reglas discursivas tendientes a favorecer una óptima solución a una controversia, los alcances de las violaciones a dichas reglas, así como la pertinencia de contar con esquemas para analizar y evaluar la argumentación jurídica.

Asimismo, el enfoque de la pragma-dialéctica permite redimensionar a la argumentación jurídica como una actividad verbal, social y racional destinada a la resolución de una controversia, guiada bajo el seguimiento de estándares, aplicables tanto al procedimiento como al comportamiento de los participantes en el discurso. Un aspecto adicional que se podría retomar de la pragma-dialéctica apunta a reafirmar que la razonabilidad constituye un presupuesto para el entendimiento de las personas que intervienen en una discusión.

En este orden de ideas, la perspectiva pragma-dialéctica se suma a los esfuerzos por continuar con la reflexión tendiente a mejorar la práctica argumentativa del juez, para lo cual las reglas de la discusión crítica son herramientas auxiliares para identificar aquellos criterios tendientes a procurar el actuar razonable del juzgador. Asimismo, la pragma-dialéctica permite que el jurista en general cuente con esquemas de análisis y evaluación del discurso argumentativo, que permitan advertir si el juzgador ha afectado los derechos procesales de las partes, en aras de buscar una sentencia basada en su sentido de la justicia.

Las limitaciones de la pragma-dialéctica se ubican en la aparente ausencia de criterios valorativos para encauzar la resolución de una controversia, lo cual se

aprecia en que las reglas del discurso crítico y del código de conducta para discutidores razonables aluden a aspectos procedimentales y dialécticos, pero no ahondan en algún criterio material para guiar tal resolución. Esta cuestión, exhorta a valorar el trabajo conjunto del juzgador con el legislador, a efecto de que la labor jurisdiccional se base en leyes racionales. Una limitación adicional en la pragma-dialéctica es la ausencia de una referencia al consenso, que sí se encuentra presente en posturas como la de Jürgen Habermas y Robert Alexy. Dicha limitación, induce a considerar el principio de colaboración en el discurso como un presupuesto para emplear las reglas del discurso crítico y el código de conducta para discutidores razonables, a fin de dar igualdad de oportunidades a las partes que intervienen en discurso jurídico y atenuar los fenómenos de poder y desigualdad que en la realidad pudieran estar presentes entre diversos individuos o grupos. Al margen del principio de colaboración resulta primordial que la ley salvaguarde la igualdad y la debida oportunidad a los justiciables para hacer valer sus pretensiones, excepciones, defensas, pruebas y alegatos de una manera equitativa.

Finalmente, es preciso identificar tres líneas de investigación adicionales que se desprenden del empleo de la pragma-dialéctica en la orientación del actuar razonable del juzgador. Dichas líneas genéricamente refieren a explorar temas de la perspectiva pragma-dialéctica; identificar aquellos aspectos que obstaculicen o limiten la racionalidad del discurso, y continuar con la búsqueda de elementos que permitan reforzar la razonabilidad del juzgador.

Por lo que concierne a la exploración de temas de la perspectiva pragma-dialéctica, en un primer momento es conveniente continuar el análisis y evaluación de la argumentación jurídica a partir de las reglas de discusión crítica y del código de conducta para discutidores razonables con la finalidad de mejorar la práctica jurídica cotidiana. Igualmente, se podría retomar la vinculación de la retórica y la razonabilidad; el empleo de esquemas argumentativos para analizar determinadas sentencias; el empleo del código de conducta para discutidores razonables para evaluar el actuar de otros operadores jurídicos (como el legislador), así como la identificación de aquellos elementos que desde la pragma-dialéctica puedan

incorporarse al Derecho sustantivo o adjetivo con la finalidad de dar un trato equitativo a las partes en un juicio.

El segundo rubro de línea de investigación refiere a la identificación de aquellos aspectos que obstaculicen la racionalidad del discurso, en donde se podría ubicar el tema del poder y Derecho, que supone indagar los factores que inciden en el Derecho para favorecer las relaciones de poder (de manera irracional o injustificada); determinar si existe algún momento o elemento dentro de la argumentación jurídica que favorezca la aparición del poder en el Derecho; explorar las ideologías en pugna que pudieran estar presentes en un juicio y si, en su caso, se justifica que el juzgador se pronuncie en favor de alguna ideología, e igualmente resultaría conveniente identificar las condiciones sociales, culturales y políticas al momento en que ocurre la discusión crítica.

La tercera y última línea genérica de investigación es la relacionada con la búsqueda de elementos que permitan reforzar la razonabilidad del juzgador, en donde se tendrían que ubicar los valores que se requieren salvaguardar en el Estado Constitucional de Derecho y la manera de incorporarlos al Derecho positivo; procurar que en todo momento se cumplan con los estándares de racionalidad legislativa, con base en los cuales el juzgador pueda basar su decisión; reforzar la ética del juzgador y continuar con la formación del jurista, a fin de contar con mayores elementos para explicar el fenómeno jurídico y mejorar la práctica jurídica cotidiana. Dicho tema pretende que el actuar del juzgador responda a las expectativas propias del Estado Constitucional de Derecho, brinde la debida protección a los derechos fundamentales y refuerce la confianza en la labor jurisdiccional para resolver controversias de manera racional.

De lo anterior se desprende lo significativo que resulta continuar con la reflexión y desarrollo de la teoría jurídica contemporánea, en tanto que puede favorecer que un mayor número de juristas incorporen elementos tendientes a brindar una explicación más acuciosa del Derecho, amplíen el panorama de los problemas que se presentan en la práctica jurídica cotidiana, aporten criterios para mejorar dicha práctica y proporcionen herramientas teóricas para tener una mejor comprensión del fenómeno jurídico.

ANEXOS

ANEXO NÚMERO UNO

REGLAS DE UNA DISCUSIÓN CRÍTICA⁹²⁵

REGLA 1

- a. No se aplican condiciones especiales ni al contenido proposicional de los asertivos mediante los cuales se expresa un punto de vista, ni al contenido proposicional de la negación del compromisorio, por medio del cual un punto de vista es cuestionado.
- b. En la realización de estos asertivos y compromisorios negativos, no se aplica ninguna condición preparatoria especial a la posición o el estatus del hablante o escritor y del oyente o lector.

REGLA 2

El discutidor que ha puesto en cuestión el punto de vista de otro discutidor, en la etapa de confrontación, siempre tiene derecho a desafiar a este discutidor a defender su punto de vista.

REGLA 3

Un discutidor que es desafiado por otro discutidor a defender el punto de vista, que ha presentado en la etapa de confrontación, siempre está obligado a aceptar este desafío, a menos que el otro discutidor no esté dispuesto a aceptar ninguna premisa compartida ni reglas de la discusión. En discutidor permanece obligado a defender su punto de vista mientras no se retracte de él y mientras no lo haya defendido exitosamente contra el otro discutidor, sobre la base de premisas y reglas de la discusión concordadas.

REGLA 4

Un discutidor que, en la etapa de apertura, ha aceptado el desafío de otro discutidor de defender su punto de vista cumplirá el rol de protagonista en la etapa de argumentación y el otro discutidor cumplirá el rol de antagonista, a menos que acuerden hacerlo de otra manera. La distribución de los roles se mantiene hasta el final de la discusión.

REGLA 5

Los discutidores que cumplirán los roles de protagonista y antagonista en la etapa de argumentación concuerdan, antes del comienzo de la etapa de argumentación concuerdan, antes del comienzo de la etapa de argumentación, sobre las reglas para lo siguiente: cómo debe el protagonista defender el punto de vista inicial y cómo debe el antagonista atacarlo, y en qué caso el protagonista ha defendido exitosamente el punto de vista y en qué caso el antagonista lo ha atacado exitosamente. Estas reglas se aplican a lo largo de la duración de la discusión y no pueden ser puestas en cuestión durante la discusión misma por ninguna de las dos partes.

⁹²⁵ El Anexo 1 se relaciona con los Capítulos Primero, Segundo y Cuarto, los cuales refieren a las reglas de la discusión crítica postuladas por la pragma-dialéctica.

REGLA 6

- a. El protagonista siempre puede defender el punto de vista que adopta en la diferencia de opinión inicial o en una subdiferencia de opinión, realizando un acto de habla complejo de argumentación, el cual vale, entonces, como una defensa provisional de este punto de vista.
- b. El antagonista siempre puede atacar un punto de vista poniendo en cuestión el contenido proposicional o la fuerza justificatoria o refutatoria de la argumentación.
- c. Ni el protagonista ni el antagonista pueden defender o atacar puntos de vista de ninguna otra manera.

REGLA 7

- a. El protagonista ha defendido exitosamente el contenido proposicional de un acto de habla complejo de argumentación contra un ataque del antagonista si la aplicación del procedimiento de identificación intersubjetiva produce un resultado positivo o si el contenido proposicional es aceptado, en segunda instancia, por ambas partes, como resultado de una subdiscusión, en la cual el protagonista ha defendido exitosamente un punto de vista subordinado (sub-standpoint) positivo con respecto a este contenido proposicional.
- b. El antagonista ha atacado exitosamente el contenido proposicional del acto de habla complejo de la argumentación si la aplicación del procedimiento de identificación intersubjetiva produce un resultado negativo y el protagonista no ha defendido exitosamente un punto de vista subordinado (sub-standpoint) positivo con respecto a este contenido proposicional en una subdiscusión.

REGLA 8

- a. El protagonista ha defendido exitosamente un acto de habla complejo de argumentación contra un ataque del antagonista con respecto a su fuerza de justificación o de refutación, si la aplicación del procedimiento de inferencia intersubjetiva o la aplicación (después de haber usado el procedimiento intersubjetivo de explicitación) del procedimiento de prueba intersubjetivo produce un resultado positivo.
- b. El antagonista ha atacado exitosamente la fuerza de justificación o de refutación de la argumentación, si la aplicación del procedimiento de inferencia intersubjetiva o la aplicación (después de haber empleado el procedimiento intersubjetivo de explicitación)⁹ del procedimiento de prueba intersubjetivo produce un resultado negativo.

REGLA 9

- a. El protagonista ha defendido concluyentemente un punto de vista inicial o un punto de vista subordinado mediante un acto de habla complejo de argumentación, si ha defendido exitosamente tanto el contenido proposicional que ha sido cuestionado por el antagonista, como su fuerza de justificación o de refutación que ha sido cuestionado por el antagonista.
- b. El antagonista ha atacado concluyentemente el punto de vista del protagonista, si ha atacado exitosamente sea el contenido proposicional o la fuerza de justificación o de refutación del acto de habla complejo de la argumentación.

REGLA 10

El antagonista retiene a lo largo de toda la discusión el derecho a cuestionar tanto el contenido proposicional como la fuerza de justificación o de refutación de cada acto de habla complejo de argumentación del protagonista, que este último no ha defendido aun exitosamente.

REGLA 11

El protagonista detiene a lo largo de toda la discusión el derecho a defender tanto el contenido proposicional como la fuerza de justificación o de refutación de cada acto de habla complejo de argumentación que haya realizado y que no haya aún defendido exitosamente de cada ataque del antagonista.

REGLA 12

El protagonista retiene, a lo largo de toda la discusión, el derecho a retractarse de cualquier acto de habla complejo de argumentación que haya realizado y de esta manera, suprimir la obligación de defenderlo.

REGLA 13

- a. El protagonista y el antagonista pueden realizar el mismo acto de habla o el mismo acto de habla complejo con el mismo rol en la discusión solamente una vez.
- b. El protagonista y el antagonista deben, a su vez, realizar un movimiento de actos de habla (complejos) con un rol particular en la discusión.
- c. El protagonista y el antagonista no pueden realizar más de un movimiento de actos de habla (complejos) a la vez.

REGLA 14

- a. El protagonista está obligado a retractarse del punto de vista inicial si el antagonista lo ha atacado concluyentemente (de la manera prescrita en la regla 9) en la etapa de argumentación (y ha respetado también las otras reglas de la discusión).
- b. El antagonista está obligado a retractarse de su puesta en duda del punto de vista inicial si el protagonista lo ha defendido concluyentemente (de la manera prescrita en la regla 9) en la etapa de argumentación (y ha respetado también las otras reglas de la discusión).
- c. En todos los demás casos, ni el protagonista no está obligado a retractarse de su punto de vista inicial ni el antagonista está obligado a retirar su puesta en duda del punto de vista inicial.

REGLA 15

- a. En todas las etapas de la discusión, los discutidores tienen derecho a requerir del otro discutidor que realice un declarativo de uso y a realizar uno de ellos mismos.
- b. El discutidor al que se le solicita realizar un declarativo de uso por parte del otro discutidor está obligado a hacerlo.

ANEXO NÚMERO DOS

CÓDIGO DE CONDUCTA PARA DISCUTIDORES RAZONABLES⁹²⁶

REGLA 1.- REGLA DE LA LIBERTAD.

Los discutidores no pueden impedirse uno al otro presentar puntos de vista o ponerlos en duda.

REGLA 2.- REGLA DE LA OBLIGACIÓN DE DEFENDER.

Los discutidores que presentan un punto de vista no pueden negarse a defenderlo cuando se les solicita hacerlo.

REGLA 3.- REGLA DEL PUNTO DE VISTA.

Los ataques contra los puntos de vista no pueden referirse a un punto de vista que no haya sido efectivamente presentado por la otra parte.

REGLA 4.- REGLA DE LA RELEVANCIA.

Los puntos de vista no pueden ser defendidos por medios no argumentativos o mediante una argumentación que no sea relevante al punto de vista.

REGLA 5.- REGLA DE LA PREMISA IMPLÍCITA.

Los discutidores no pueden atribuir falsamente premisas implícitas a la otra parte ni desconocer su responsabilidad por sus propias premisas implícitas.

REGLA 6.- REGLA DEL PUNTO DE PARTIDA.

Los discutidores no pueden presentar falsamente algo como si fuera un punto de partida aceptado o negar falsamente que algo sea un punto de partida aceptado.

REGLA 7.- REGLA DE LA VALIDEZ.

Un razonamiento que es presentado, en una argumentación, como formalmente concluyente, no puede ser inválido en un sentido lógico.

REGLA 8.- REGLA DEL ESQUEMA ARGUMENTATIVO.

Los puntos de vista no pueden ser considerados como habiendo sido defendidos concluyentemente por una argumentación que no se presente estando basada en un razonamiento formalmente concluyente, si la defensa no tiene lugar por medio de esquemas argumentativos apropiados, que hayan sido correctamente aplicados.

REGLA 9.- REGLA DE CLAUSURA.

Las defensas no concluyentes de los puntos de vista no pueden conducir a mantener estos puntos de vista y las defensas concluyentes de los puntos de vista no pueden conducir a mantener expresiones de duda acerca de estos puntos de vista.

REGLA 10.- REGLA GENERAL DEL USO DEL LENGUAJE.

Los discutidores no pueden usar ninguna formulación que sea insuficientemente clara o confusamente ambigua y no pueden malinterpretar deliberadamente las formulaciones de la otra parte.

⁹²⁶ El Anexo 2 se relaciona con los Capítulos Primero, Segundo y Cuarto, los cuales exploran el código de conducta para discutidores razonables.

ANEXO NÚMERO TRES

REGLAS DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL⁹²⁷

1. Las reglas fundamentales

- (1.1) Ningún hablante puede contradecirse.
- (1.2) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.
- (1.3) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes
- (1.4) Todo hablante sólo puede utilizar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmase que son iguales en todos los aspectos relevantes.
- (1.5) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

2. Las reglas de razón

- (2) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.
 - (2.1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.
 - (2.2) (a) Todos pueden problematizar cualquier asección.
 - (b) Todos pueden introducir cualquier asección en el discurso.
 - (c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

3. Las reglas de carga de la argumentación

- (3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo.
- (3.2) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.
- (3.3) Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.

⁹²⁷ El Anexo 3, retoma las reglas del discurso práctico General de Robert Alexy, que se vinculan con el Capítulo Segundo. Dicho Anexo expone otras reglas que se han formulado en la teoría del discurso práctico general.

(3.4) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

4. Las formas de los argumentos

$$(4) \quad \frac{G}{\frac{R}{N}}$$

$$(4.1) \quad \frac{T}{\frac{R}{N}}$$

$$(4.2) \quad \frac{F}{\frac{R}{N}}$$

$$(4.3) \quad \frac{F_R}{\frac{R'}{R}}$$

$$(4.4) \quad \frac{T'}{\frac{R'}{R}}$$

$$(4.5) \quad R_i P R_k \text{ o bien } R'_i P R'_k$$

$$(4.6) \quad (R_i P R_k) \text{ o bien } (R'_i P R'_k) C$$

5. Las reglas de fundamentación

(5.1.1) Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.

(5.1.2) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.

(5.1.3) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

(5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórica-crítica. Una regla moral no pasa semejante prueba:

a) Si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha pedido después su justificación, o

b) Si originariamente no se puede justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

(5.2.2) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

(5.3) Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados.

6. Las reglas de transición

(6.1) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).

(6.2) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.

(6.3) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

FUENTES DE CONSULTA

FUENTES DE CONSULTA

- AARNIO, Aulis, "Cambio o evolución", s/t, en Arnio, Aulis *et. al.*, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- AARNIO, Aulis, "Sobre el Derecho y el Estado de Bienestar. Un punto de vista teórico", en Aarnio, Aulis, *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1995 (segunda reimpresión).
- AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios, 1991.
- ACKERMAN, Bruce, *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*, trad. de Juan Gabriel López Guix, Barcelona, Ariel, 1988.
- AGUILÓ REGLA, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Lima-Bogotá, Palestra, Temis, 2005.
- AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1978)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1978, t. 1.
- ALEXY, Robert, "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 16, núm. 2, Junio 2003.
- ALEXY, Robert, "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional", trad. de Pablo Larrañaga, en Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, 6a. ed., México, Fontamara, 2014.
- ALEXY, Robert, "Discourse Theory and Human Rights", *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, vol. 9, núm 3, Septiembre 1996.
- ALEXY, Robert, "Justicia como corrección", trad. de Ana Inés Haquín, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, núm. 26, 2003.

- ALEXY, Robert, "La institucionalización de la razón", *Persona y Derecho*, Navarra, España, núm. 43, 2000, p. 231.
- ALEXY, Robert, "Problems of Discourse Theory", *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, México, vol. XX, núm. 58, Abril 1988.
- ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, 6a. ed., trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2014, p. 39.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2010, p. 226.
- ALSINA, Hugo, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Estado de México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001, vol. 4.
- ALTHUSSER, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado. Práctica teórica y lucha ideológica*, México, Grupo Editorial Tomo, 2008.
- ANDERSON, Jerry L., "Law School Enters the Matrix: Teaching Critical Legal Studies", *Journal of Legal Education*, Ithaca, Nueva York, vol. 54, núm. 2, Junio 2004.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "La expresión probatoria y su expresión en las sentencias", en Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Sobre prueba y motivación", en Taruffo, Michele *et. al*, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Fontamara, 2011.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Filosofía del Derecho y Constitucionalismo. Vertientes y Problemas*, Calí, Valle del Cauca, Colombia, Universidad Autónoma de Occidente, 2011.
- APEL, Karl-Otto, "La ética del discurso como ética de la responsabilidad: Una transformación postmetafísica de la ética", en Apel, Karl-Otto y Düssel, Enrique, *Ética del Discurso y Ética de la Liberación*, Madrid, Trotta, 2004.
- APEL, Karl-Otto, *Teoría de la Verdad y Ética del Discurso*, trad. de Norberto Smilg, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1987.

- ARISTÓTELES, “Arte Retórica”, *Arte Poética. Arte Retórica*, 4a. ed., trad. de José Goya y Muniain y Francisco de P. Samaranch, México, Porrúa, 2011.
- ARISTÓTELES, “Política”, en *Ética Nicomaquea. Política.*, trad. de Antonio Gómez Robledo, 23a. ed., México, Porrúa, 2013.
- ARISTÓTELES, “Tópicos (De la dialéctica)”, en *Tratados de Lógica (El Organon)*, 13a. ed., s/t, México, Porrúa, 2011.
- ARON, Raymond, “La ideología, base esencial de la acción”, en Wladimir Weidle *et al.*, *Las ideologías y sus aplicaciones en el siglo XX*, trad. de Luis González Seara, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados Jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- ATIENZA, Manuel, *Contribución a una Teoría de la Legislación*, Madrid, Civitas, 1997.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2012.
- BANDIERI, Luis María, “Argumentación y composición de conflictos jurídicos”, en Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge Guillermo (ed.), *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- BENEGAS LYNCH, Alberto, *Estados Unidos contra Estados Unidos*, Guatemala-México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, s/t, Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2002.
- BENTHAM, Jeremías, *Tratados de Legislación Civil y Penal*, edición preparada por Magdalena Rodríguez Gil, Madrid, Editora Nacional, 1981.
- BIX, Brian, *Teoría del Derecho: ambición y límites*, trad. de Pablo E. Navarro *et al.*, Barcelona, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, s/t, Madrid, Debate, 1990.

- BURTON, Steven J., "Reaffirming Legal Reasoning: The Challenge from the Left", *Journal of Legal Education*, Ithaca, Nueva York, vol. 36, núm. 3, Septiembre 1986.
- CARDOZO, Benjamin N., *The Nature of the judicial process*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1965.
- CARDOZO, Benjamin Nathan, *La Función Judicial*, México, Pérez-Nieto Editores, 1996.
- CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, trad. de José Lión Depetre México, Facultad de Derecho, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- CICERÓN, *La invención retórica*, trad. de Salvador Núñez, Madrid, Editorial Gredos, 1997.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Ubicación de la Justicia en el Mundo del Valor. (El asalto al valor Justicia)*, http://www.centrodefilosofia.org.ar/lyD/iyd39_15.pdf
- CRUZ GAYOSSO, Moisés et. al., *Teoría General del Estado*, México, Iure Editores, 2006.
- DE ASÍS ROIG, Rafael, *El Juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2005.
- DE ASÍS, Rafael, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- DE ASÍS, Rafael, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1999.
- DE CABO MARTÍN, Carlos, *Sobre el Concepto de Ley*, Madrid, Trotta, 2000.
- DE LA TORRE, Jesús Antonio, *Sociología jurídica y uso alternativo del Derecho*, Aguascalientes, Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997.
- DELGADO, Richard, y STEFANCIC, Jean (ed.), *Critical White Studies: Looking Behind the Mirror*, Philadelphia, Temple University Press, 1997; Haney López, Ian, *White by law: The Legal Construction of Race*, Nueva York, New York University Press, 2006.

- DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso, *Teoría del Proceso*, 13a. ed., México, Porrúa, 2013.
- DÜSSEL, Enrique, “La Introducción de la Transformación de la Filosofía de K.O. Apel y la Filosofía de la Liberación. Reflexiones desde una perspectiva latinoamericana”, en Apel, Karl-Otto y Düssel, Enrique, *Ética del Discurso y Ética de la Liberación*, Madrid, Trotta, 2004.
- DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, 5a. ed., trad. de Isidro Molas *et. al.*, Barcelona, Ariel, 1970.
- DWORKIN, Ronald, “Los jueces políticos y el estado de derecho”, en *Una cuestión de principios*, trad. de Victoria Boschioli, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.
- DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia. De la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1988.
- DWORKIN, Ronald, *Justicia para Erizos*, trad. de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- DWORKIN, Ronald, *La Justicia con Toga*, trad. de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002.
- EEMEREN, Frans H. van y GROOTENDORST, Rob, *Los actos de habla en las discusiones argumentativas. Un modelo teórico para el análisis de discusiones orientadas hacia la resolución de diferencias de opinión*, trad. de María Elena Molina, Cristián Santibáñez Yáñez y Claudio Fuentes Bravo, Santiago, Editorial Universidad Diego de Portales, 2013.
- EEMEREN, Frans H. van y GROOTENDORST, Rob, *Una Teoría sistemática de la Argumentación. La Perspectiva Pragmadialéctica*, trad. de Celso López y Ana María Vicuña, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2011.
- EEMEREN, Frans H. van y GROOTENDROST, Rob, *Argumentación, comunicación y falacias. Una perspectiva pragma-dialéctica*, 2a. ed., trad. de Celso López y

- Ana María Vicuña, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, pp. 113-121.
- EEMEREN, Frans H. van y HOUTLOSSER, Peter, "Rhetorical Analysis within a Pragma-dialectical framework. The case of R.J. Reynolds", *Argumentation*, Países Bajos, vol. 14, núm. 3, Agosto 2000.
- EEMEREN, Frans H. van y HOUTLOSSER, Peter, "Rhetorical Rationales for Dialectical Moves: Justifying pragma-dialectical Reconstructions", en Klumpp, J. F. (ed.), *Argument in a time of change*, Utah, National Communication Association, 1997.
- EEMEREN, Frans H. van y HOUTLOSSER, Peter, "Strategic Maneuvering: A Synthetic Recapitulation", *Argumentation*, Países Bajos, vol. 20, núm. 4, 2006.
- EEMEREN, Frans H. van y HOUTLOSSER, Peter, "The Development of the Pragma-dialectical Approach to Argumentation", *Argumentation*, Países Bajos, vol. 17, núm. 4, 2003.
- EEMEREN, Frans H. van, "The Pragma-Dialectical Theory under Discussion", *Argumentation*, Países Bajos, vol. 26, 2012.
- EEMEREN, Frans H. van, *Maniobras Estratégicas en el Discurso Argumentativo*, trad. de Cristián Santibañez Yáñez y María Elena Molina, Madrid-México, Plaza y Valdés Editores, 2012, pp. 65-69.
- EEMEREN, Frans H. van; GARSSSEN, Bart y MEUFFELS, Bert, "Effectiveness Through Reasonableness Preliminary Steps to Pragma-Dialectical Effectiveness Research", *Argumentation*, Países Bajos, vol 26, núm. 1, Marzo 2012.
- EEMEREN, Frans H. van; GARSSSEN, Bart y MEUFFELS, Bert, "The Unreasonableness of the *Ad Baculum* Fallacy", en Goodnight, Thomas G. (ed.), *Arguing communication and culture. Selected Papers from the Twelfth NCA/AFA Conference on Argumentation*, Washington, D.C., National Communication Association, 2002.
- EEMEREN, Frans H. van; GARSSSEN, Bart y MEUFFELS, Bert, "This can't be true, that would be terrible: Ordinary arguers judgments about ad consequentiam fallacies", en Goodnight, Thomas G. y Willard, Charles Arthur (ed.), *Critical*

- Problems in Argumentation. Selected Papers*, Washington D.C., National Communication Association, 2005.
- EEMEREN, Frans H. van; GROOTENDORST, Rob y SNOECK HENKEMANS, Francisca, *Argumentación*, trad. de Roberto Marafioti, Buenos Aires, Biblos, 2006.
- ESPINOZA Toledo, Ricardo y WELDON, Jeffrey (coord.), *¿Para qué sirve el Poder Legislativo?*, México, UAM, Unidad Iztapalapa, Universidad de Colima, Porrúa, 2007.
- EVERS, Hans-Ulrich, *Der Richter und das unsittliche Gesetz*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1956.
- FELSTINER, William L. F., ABEL, Richard L., y SARAT, Austin, "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claming...", *Law and Society Review. The Journal of the Law and Society Association*, Colorado, vol. 15, núms. 3-4, 1980-1981.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, 10a. ed., Madrid, Trotta, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FERRER SANTOS, Urbano, *La trayectoria fenomenológica de Husserl*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2008.
- FETERIS, Eveline T., "A dialogical theory of legal discussion: A pragma-dialectical analysis and evaluation of legal argumentation", *Artificial Intelligence and Law*, Dordrecht, Países Bajos, vol. 8, núm. 2, Septiembre 2000.
- FETERIS, Eveline T., "The judge as a critical antagonist in a Legal Process: A pragma-dialectical perspective", en McKerrow, Raymie E. (ed.), *Argument and the Postmodern challenge: Proceedings of the Eight Sca/Afa Conference on Argumentation*, Annandale, Virginia, National Communication Association, 1993.
- FETERIS, Eveline T., "The pragma-dialectical analysis and evaluation of teleological argumentation in a Legal Context", Dordrecht, Países Bajos, vol. 22, núm. 4, Noviembre 2008.

- FETERIS, Eveline T., "The rational reconstruction of argumentation referring to consequences and purposes in the application of legal rules: A pragma-dialectical perspective", *Argumentation*, Dordrecht, Países Bajos, vol. 19, núm. 4, Noviembre 2005.
- FETERIS, Eveline T., "The Rational Reconstruction of Weighing and Balancing on the Basis of Teleological-Evaluative Considerations in the Justifications of Judicial Decisions", *Informal Logic*, Ámsterdam, vol. 28, núm. 1, 2008, pp. 21-28, <http://dare.uva.nl/document/2/67187>.
- FETERIS, Eveline T., *Fundamentos de la Argumentación Jurídica. Revisión de las Teorías sobre la Justificación de las Decisiones Judiciales*, trad. de Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- FETERIS, Eveline y KLOOSTERHUIS, Harm, "The analysis and evaluation of legal argumentation: approaches from legal theory and argumentation theory", *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, Bialystok, Polonia, vol. 16, núm. 29, 2009.
- FETERIS, Eveline, "Strategic Maneuvering with the intention of the legislator in the justification of judicial decisions", *Argumentation*, Países Bajos, vol. 22, núm. 3, Agosto 2008.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1980.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2014.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996.
- FRANK, Jerome, "Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking", *Cornell Law Quarterly*, Nueva York, vol. XVII, 1931-1932.
- FRANK, Jerome, *Courts on Trial. Myths and Reality in American Justice*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1950.
- FRANK, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, trad. de Carlos M. Bidegain, México, Fontamara, 1991 (Reimpresión 2012).

- FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Nueva York, Coward-McCann, Inc., 1930.
- GALIANA SAURA, Ángeles, *La Legislación en el Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 2003.
- GARCÍA AMADO, José Antonio, “¿Ductibilidad del derecho o exaltación del juez?”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 3, Diciembre 1997.
- GARCÍA AMADO, José Antonio, *Razonamiento Jurídico y Argumentación. Nociones Introductorias*, León, España, Eolas Ediciones, 2013.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, *Sociología y Crítica del Derecho*, México, Fontamara, 2010.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?”, *Revista de la Facultad*, Córdoba, Argentina, vol. 6, núm. 1, 1998.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Cuestiones probatorias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- GHERSI, Carlos Alberto, *Responsabilidad de los jueces y juzgamiento de funcionarios*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 10a. ed., México, Oxford, 2004.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, “Jueces y Derecho en México: Una visión desde la Filosofía Práctica”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 261, Tomo LXIV, Enero-Junio 2014.
- GORDON, Robert W., “Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en que se apoyan”, en Bullard, Alfredo *et. al.*, *El derecho como objeto e instrumento de dominación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- GORDON, Robert W., “La práctica del derecho empresarial como un servicio público”, en Böhmer, Martin (comp.), *La Enseñanza del Derecho y el Ejercicio de la Abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, Madrid, Trotta, 2006.

- GUASTINI, Riccardo, “La Interpretación de la Constitución”, trad. de Santiago Ortega, en Ortega, Santiago (ed.), *Interpretación y Razonamiento Jurídico*, Lima, Ara Editores, 2010, vol. II.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- HÄBERLE, Peter, *Verdad y Estado constitucional*, trad. de Guillermo José Mañón Garibay, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- HABERMAS, Jürgen, “Acerca del uso de la razón práctica”, *Quórum*, s/t, 2a. época, Año IV, núm. 36, Septiembre-October 1995.
- HABERMAS, Jürgen, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de Derecho”, trad. de Juan Carlos Velasco Arroyo, en *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1999.
- HABERMAS, Jürgen, “Teoría de la Verdad”, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Ediciones Cátedra, 1989.
- HABERMAS, Jürgen, *Acción comunicativa y Razón sin trascendencia*, trad. de Pere Fabra Abat, Barcelona, Paidós Ibérica, 2002.
- HABERMAS, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. de José Mardomingo, Madrid, Trotta, 2000.
- HABERMAS, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de Ramón García Cotarelo, Barcelona, Península, 1985.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, 4a. ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2005.
- HABERMAS, Jürgen, *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, trad. de Ramón Vilá Vernis, Barcelona, Paidós, 2003.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2014.
- HART, H. L. A., “Discrecionalidad”, trad. de Juan Ramón de Páramo, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, núm. 37, 2014.
- HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, 2a. ed., trad. de Genero R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.

- HART, H. L. A., *Post Scriptum*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- HAYEK, F.A., *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, Londres, Routledge, 1998.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- HIERRO, Liborio, "Realismo Jurídico", en Ernesto Garzón Valdés y Laporta, Francisco J. (ed.), *El Derecho y la justicia*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2000.
- HOLMES, Oliver Wendell, "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, vol. 110, núm. 5, Marzo 1997.
<http://www.duncankennedy.net/documents/The%20Disenchantment%20of%20Logically%20Formal%20Legal%20Rationality.pdf>
- HUSSERL, Edmund, *Investigaciones Lógicas*, trad. de Manuel G. Morente y José Gaos, Madrid, Rev. de Occidente, 1967.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, "Independencia Judicial y los derechos del juez", en Saiz Arnaiz, Alejandro, *Los derechos fundamentales de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- JÄGER, Siegfried, "Discurso y conocimiento: aspectos teóricos y metodológicos de la crítica del discurso y del análisis de dispositivos", en Wodak, Ruth y Meyer, Michael (comp.), *Métodos de análisis crítico del discurso*, trad. de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar, Barcelona, Gedisa, 2003.
- JANSEN, Henrike, "A contrario reasoning: the dilemma of the silent legislator", *Argumentation, Argumentation*, Dordrecht, Países Bajos, vol. 19, núm. 4, Noviembre 2005.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la Razón Práctica*, trad. de J. Rovira Armengol, Buenos Aires, Losada, 1961.
- KELSEN, Hans y KLUG, Ulrich, *Normas Jurídicas y Análisis Lógico*, trad. de Juan Carlos Gardella, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- KELSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, trad. de Hugo Carlos Delory Jacobs, México, Trillas, 1994.

- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynes, México, Imprenta Universitaria, 1949.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, 4a. ed., trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Ediciones Coyoacán, 2012.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, s/t, 7a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 1968.
- KENNEDY, Duncan, "A Semiotics of Legal Argument", *Cardozo Law Review*, Nueva York, vol. 22, núm. 3-4, Marzo 2001.
<http://www.duncankennedy.net/documents/A%20Semiotics%20of%20Critique.pdf>.
- KENNEDY, Duncan, "El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica", trad. de Guillermo Moro, en *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2010.
- KENNEDY, Duncan, "Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado", en: García Villegas, Mauricio, (ed.), *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.
<http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Forma%20y%20Sustancia%20en%20la%20Adjudicaci%3n%20de%20Derecho%20Privado.pdf>.
- KENNEDY, Duncan, "From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's 'Consideration and Form'", *Columbia Law Review*, Nueva York, vol. 100, núm. 1, Enero 2000.
<http://duncankennedy.net/documents/From%20the%20Will%20Theory%20to%20the%20Principle%20of%20Private%20Autonomy.pdf>.
- KENNEDY, Duncan, "La educación jurídica como preparación para la jerarquía", *Academia, Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Año 2, núm. 3, Otoño 2004.
- KENNEDY, Duncan, "La enseñanza del derecho en el primer año como acción política", trad. de Teresa Arijón, *La Enseñanza del derecho como forma de acción política*, México, Siglo XXI Editores, 2012.

- KENNEDY, Duncan, "Legal Formality", *The Journal of Legal Education*, Chicago, vol. 2, núm. 2, Junio 1973.
<http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Legal%20Formality.pdf>.
- KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial. Una Fenomenología Crítica*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 1999.
- KENNEDY, Duncan, "Nota sobre la Historia de los CLS en los Estados Unidos", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 1992,
<http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Nota%20sobre%20la%20Historia%20de%20Cls%20en%20los%20Estados%20Unidos.pdf>
- KENNEDY, Duncan, "Political Ideology and Comparative Law", en Bussani, Mauro y Mattei, Ugo (eds.), *Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
<http://duncankennedy.net/documents/Political%20Ideology%20and%20Comparative%20Law.pdf>
- KENNEDY, Duncan, "The disenchantment of logically formal legal rationality on Max Weber's Sociology in the Genealogy of the contemporary mode of Western Legal Thought", *Hastings Law Journal*, San Francisco, California, vol. 55, núm. 5, Mayo 2004.
- KENNEDY, Duncan, "The Globalization of Critical Discourses on Law: Thoughts on David's Trubek's Contribution", en De Búrka, Gráinne *et. al.* (ed.), *Critical Legal Perspectives on Global Governance. Liber Amicorum David M. Trubek*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2014.
<http://duncankennedy.net/documents/New/The%20Globalization%20of%20Critical%20Discourses%20on%20Law.pdf>
- KENNEDY, Duncan, "The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary Legal Thought", *Law and Critique*, Dordrecht, Países Bajos, vol. 25, núm. 2, Julio 2014.

- KENNEDY, Duncan, "Thoughts on coherence, social values and national tradition in Private Law", en Hesselink, Martijn W. (ed.), *The Politics of a European Civil Code*, Amsterdam, Kluwer Law International, 2006.
<http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Thoughts%20on%20Coherence,%20Social%20Values%20and%20National%20Tradition%20in%20Private%20Law.pdf>
- KENNEDY, Duncan, "Three Globalizations of Law and Legal Thought 1850-2000", en Trubek, David y Santos, Álvaro (ed.), *The new law and economic development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
<http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Three%20Globalizations%20of%20Law%20and%20Legal%20Thought.pdf>
- KENNEDY, Duncan, "Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen", *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, trad. de Imer B. Flores y Roberto Vidal Sánchez, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 2, 2008.
- KLOOSTERHUIS, Harm, "Reconstructing Complex Analogy Argumentation in Judicial Decisions: A Pragma-dialectic perspective", *Argumentation*, Dordrecht, Países Bajos, vol. 19, núm. 4, Noviembre 2005.
- KLOOSTERHUIS, Harm, "The Rule of Law and the Ideal of a Critical Discussion", en Dahlman, Christian y Feteris, Eveline (ed.), *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives*, Dordrecht, Heidelberg, Nueva York, Londres, Springer, 2003.
- KUNZ, Karl-Ludwig y MONA, Martino, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft*, 2a. ed., Berna, Stuttgart, Viena, Haupt Verlag, 2015.
- LAPORTA, Francisco J., "Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas", en Laporta, Francisco J. *et. al.*, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2001.

- LEIBHOLZ, Gerhard, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, 2a. ed., Múnich y Berlín, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1959.
- LEITER, Brian, "American Legal Realism", en Golding, Martin P., y Edmundson, William A. (ed.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, Oxford, y Victoria, Blackwell Publishing, 2006.
- LLEWELLYN, Karl N., *Belleza y estilo en el Derecho*, trad. de José Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 1953.
- LÓPEZ DE LIZAGA, José Luis, "Diferenciaciones en el concepto de corrección normativa. Derecho y moral en la Filosofía de Habermas", en Blasco Aznar, Pedro Luis (ed.), *La Justicia entre la Moral y el Derecho*, Madrid, Trotta, 2013.
- LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo, *Derecho y Argumentación*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, 2011.
- LUMIA, Giuseppe, *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1973 (decimotercera reimpresión marzo 1993).
- MACCORMICK, Neil, "Razonabilidad y objetividad", trad. de Fernando Atria, *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, Chile, núm. 45, 2000.
- MANNHEIM, Karl, *Ideología y Utopía*, trad. de Salvador Echavarría, México, Fondo de Cultura Económica, 1941.
- MARTÍN PEROT, Pablo, *Servir al Estado de Derecho. Persecución penal de delitos contra la humanidad en Argentina*, Madrid, Dykinson, 2011.
- MARX, Carlos y ENGELS, Federico, *Manifiesto del Partido Comunista*, s/t, Pekín, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1971.
- MARX, Carlos, *El Capital. Crítica de la Economía Política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1966.
- MARX, Carlos, *El Método en la Economía Política*, s/t, México, Grijalbo, 1977.
- MÉNDEZ DE SMITH, Elisa A., *Las ideologías y el derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1982.
- MENDONCA, Daniel, *Compendio de una teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- MICHELI, Gian Antonio, *Los sujetos del proceso civil*, Bogotá, Leyer, 2008.

- MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, 19a. ed., trad. de Nicolás Estévanez, México, Porrúa, 2013.
- MORA-DONATTO, Cecilia, *Constitución, Congreso, Legislación y Control. Coordinadas para legisladores en tiempos de reelección*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cámara de Diputados. LXII Legislatura, 2015.
- MURPHY, Jeffrie G. y COLEMAN, Jules L., *Philosophy of Law. An introduction to Jurisprudence*, Boulder, San Francisco y Londres, Westview Press, 1990.
- NIETO, Alejandro y GORDILLO, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.
- NIETO, Alejandro, *El desgobierno judicial*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2005.
- NIETO, Alejandro, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, 2010.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Genealogía de la Moral*, 3a. ed., trad. de Roberto Mares, México, Editorial Tomo, 2005.
- NIETZSCHE, Friedrich, *La voluntad de poder*, trad. de Aníbal Froufe, Edaf, Madrid, 2000.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Más allá del bien y del mal*, 4a. ed., trad. de Eduardo Mares, México, Editorial Tomo, 2008.
- NORIEGA CANTÚ, Alfonso, "Supremo Poder Conservador", *Revista de la Facultad de Derecho*, México, t. XXVIII, núm. 111, Septiembre-Diciembre 1978.
- OKIN, Susan, "Justice and Gender", en Sterba, James P. (ed.), *Justice. Alternative Political Perspectives*, 3a. ed., Belmont, Wadsworth Publishing Company, 1999.
- OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, 9a. ed., México, Oxford, 2003.
- PALOL, Miguel, *El legislador*, trad. de Celine Alegre, Barcelona, Destino, 1988.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales I. Teoría General*, Madrid, Editorial Eudema, 1991.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos. Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2010.

- PECZENIK, Aleksander, *Derecho y razón*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2000.
- PERELMAN, Chaïm, "El ideal de racionalidad y la regla de Justicia", trad. de Luis Recaséns Siches, *Dianoia. Anuario de Filosofía*, año VIII, núm. 8, 1962.
- PERELMAN, Chaïm, *De la Justicia*, trad. de Ricardo Guerra, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Estudios Filosóficos, 1964.
- PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979.
- PERELMAN, Chaïm, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, trad. del francés de John Petrie, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.
- PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Editorial Gredos, 1989.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan A, *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Editorial Tecnos, 1996.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2010.
- PFEIFFER, Juan Bautista. "Reflexiones sobre Lenguaje, Derecho y Justicia", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 11, 2007/2008.
- PINO, Giorgio, *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado Constitucional*, trad. de Horacio Sánchez Pulido *et. al.*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- PLANTIN, Christian, *La argumentación*, trad. de Amparo Tusón Valls, Barcelona, Ariel, 1998.
- PLATÓN, "Gorgias o de la Retórica", *Diálogos*, 32a. ed., s/t, México, Porrúa, 2012.
- PLATÓN, "Las Leyes", *Obras completas*, 2a. ed., s/t, Aguilar, Madrid, 1986.
- PLUG, José, "Institutional Boundaries on the Evaluation of Argumentation in Legislative Discussions", *Legisprudence: International Journal for the study of legislation*, Oxford, vol. IV, núm. 1, 2010.

- PLUG, José, "Reconstructing and Evaluating Genetic Arguments in Judicial Decisions," *Argumentation*, Dordrecht, Países Bajos, vol. 19, núm. 4, Noviembre 2005.
- PLUG, José, "The Strategic use of argumentation from example in plenary debate in the European Parliament," *Controversia*, Ámsterdam, Países Bajos, vol. 7, núm. 1, 2009.
- POUND, Roscoe, *Justicia conforme a Derecho*, trad. de Martín Esteve, México, Editorial Letras, S.A., 1965.
- POUND, Roscoe, *Law finding through experience and reason. Three lectures*, Atlanta, University of Georgia Press, 1960.
- POUND, Roscoe, *Social control through Law*, New Haven, Yale University Press, 1942.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Fontamara, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- PUIG LLANO, Luisa Angélica, "El éthos en el discurso", en Beristáin, Helena y Ramírez Vidal, Gerardo (ed.), *Espacios de la retórica. Problemas filosóficos y literarios*, México, UNAM, 2010.
- PUIG LLANO, Luisa Angélica, "El éthos en la perspectiva pragmática", en Vigueras Ávila, Alejandra (ed.), *Homenaje a Rubén Bonifaz Nuño. 30 años del Instituto de Investigaciones Filológicas*, México, UNAM, 2005.
- QUAIDE, Vicky, "¿Son los abogados realmente necesarios? Entrevista a Duncan Kennedy, trad. Axel O. Eljatib, *Desde Otra Mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- RAWLS, John, *Liberalismo político*, trad. de Sergio René Madero Báez, México, Fondo de Cultura Económica, 2015 (Octava reimpresión).
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1978.
- RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

- RECASÉNS SICHES, Luis, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956.
- RESNIK, Judith, *Judicial Independence*, en Amar, Vikram David y Tushnet, Mark V. (ed.), *Global Perspectives on Constitutional Law*, Nueva York, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- ROBLES VÁZQUEZ, Jorge y TOVAR SILVA, Yvonne Georgina, *Teoría Jurídica Crítica Norteamericana. Una introducción a los Critical Legal Studies*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- ROCCO, Ugo, *Las relaciones jurídico procesales en el Derecho Procesal Civil*, s/t, Bogotá, Editorial Leyer, 2008.
- RODRÍGUEZ, César, “Una Crítica contra los Dogmas de la Coherencia del Derecho y la Neutralidad de los Jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”, en Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial. Una Fenomenología Crítica*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 1999.
- ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 3a. ed., s/t, Buenos Aires, Eudeba, 2005.
- ROSS, Alf, “Sobre los conceptos de ‘Estado’ y ‘Órganos del Estado’ en Derecho Constitucional”, trad. de Eduardo A. Vázquez, *El Concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991.
- SAAVEDRA, Modesto, *Interpretación del Derecho e Ideología. Elementos para una crítica de la Hermenéutica Jurídica*, Granada, Universidad de Granada, 1978.
- SAN MARTÍN, Javier, *La Fenomenología de Husserl como utopía de la Razón*, Barcelona, Editorial Anthropos, 1987.
- SCHOLZ, Franz, *Die Rechtssicherheit*, Berlín, Walter der Gruyter & Co, 1955.
- SCHOPENHAUER, Arthur, *El Arte de tener razón*, trad. de Jesús Alborés Rey, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario, *La libertad ideológica del Juez*, Valencia, Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia, 2004.

- SIEGEL, Harvey, "Argumentative Norms: How Contextual can they be? A Cautionary Tale", en Eemeren, Frans H. van y Garssen, Bart (ed.), *Reflections on Theoretical Issues in Argumentation Theory*, Heidelberg, Nueva York, Dordrech, Londres, Springer, 2015.
- SPENCER, Herbert, *La Justicia*, trad. de Pedro Forcadell. Buenos Aires, Editorial Heliasta, s/f.
- STAMMLER, Rudolf, *El Juez*, s/t, México, Fontamara, 2013.
- STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*, trad. de Andrés de la Oliva Santos, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1988.
- SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel, *Crisis de la Ley y Estado Constitucional. La Argumentación Jurídica del Legislador*, México, Porrúa, 2015.
- SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel, "Estado constitucional y argumentación jurídica en sede legislativa", *Derechos y libertades*, núm. 28, época II, enero 2013.
- SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel. "Estudio Comparativo de la Protección Jurídica de los Derechos Fundamentales. Los casos de España y México", *Perspectivas del Derecho en México II, Segundo Concurso Nacional de Ensayo Jurídico*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel, "La Argumentación Jurídica y el Pensamiento de Luis Recaséns Siches. Un Análisis Retrospectivo", en Ramos García, Jaqueline Alejandra, *et. al., Luis Recaséns Siches*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel, "Ley, principios jurídicos y derechos fundamentales en el actuar de los jueces y legisladores. Una propuesta positivista ante la templanza del constitucionalismo", *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 36, Época II, Enero 2017.
- SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel y CONDE GAXIOLA, Napoleón, *Argumentación Jurídica*, México, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

- TAMANAH, Brian Z., *En torno al Estado de Derecho. Historia, política y teoría*, trad. de Alberto Supelano, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 165-167.
- TARELLO, Giovanni, *Cultura jurídica y política del Derecho*, trad. de Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Trotta, 2011.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2011.
- THERBORN, Göran, *La ideología del poder y el poder de la ideología*, 3a. ed., trad. de Eduardo Terrén, México, Siglo XXI Editores, 1991.
- TOULMIN, Stephen E., *Los usos de la argumentación*, trad. de María Morrás y Victoria Pineda, Barcelona, Ediciones Península, 2007.
- TOULMIN, Stephen, *Reason in Ethics*, Cambridge University Press, 1964.
- TOVAR SILVA, Yvonne Georgina, *El desarrollo de estrategias argumentativas en la perspectiva crítica de Duncan Kennedy*, Tesis para obtener el grado de Maestría en Derecho, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- TRUBEK, David M., "Complexity and Contradiction in the Legal Order: Balbus and the Challenge of Critical Social Thought about Law", *Law & Society Review. The Journal of Law and Society Association*, Amherst, Massachusetts, vol. 11, núm. 3, Invierno 1977.
- TUSHNET, Mark, "Critical Legal Studies: A Political History", *The Yale Law Journal*, New Haven, Vol. 100, núm. 5, número de Centenario, Marzo 1991.
- TUSHNET, Mark, "Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings," *Journal of Legal Education*, Ithaca, vol. 36, núm. 4, Diciembre 1986.
- UNGER, Roberto Mangabeira, "Legal Analysis as Institutional Imagination", *The Modern Law Review*, vol. 59, núm. 1, Enero 1996.
- UNGER, Roberto Mangabeira, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge y Londres, Harvard University Press, 1986.

- UNGER, Roberto Mangabeira, *What Should Legal Analysis Become?*, Londres, Nueva York, Verso, 1996.
- VÉSCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 1984.
- WELZEL, Hans, *El problema de la validez del Derecho. Una cuestión límite del Derecho*, s/t, México, Ediciones Coyoacán, 2011.
- WEST, Robin L., "From Choice to Reproductive Justice: De-constitutionalizing Abortion Rights", *Yale Law Journal*, New Haven, Connecticut, vol. 118, núm. 7, Mayo 2009.
- WEST, Robin, "Reconsidering Legalism", *Minnesota Law Review*, Minnesota, vol. 88, núm. 1, Noviembre 2003.
- WINTGENS, Luc J., "Retórica, razonabilidad y ética. Un ensayo sobre Perelman", trad. de Isabel Linfante, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, núm. 14, 1993.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Problemas metodológicos que presenta la definición del Derecho", trad. de José Iturmendi Morales, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Curso 1989-1990*, Madrid, 1990.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, México, Fontamara, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional? Y otros ensayos de justicia constitucional*, trad. de María Cecilia Ainciburu, Santiago de Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2004.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, "La idea de justicia y la experiencia de la injusticia, en Zagrebelsky, Gustavo y Martini, Carlo Maria, *La exigencia de justicia*, trad. de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *La Ley y su Justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2014.

Legislación consultada

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ISEF, 2017.

Código Federal de Procedimientos Civiles, ISEF, 2017

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Porrúa, 2017.

Ley Federal del Trabajo, ISEF, 2017.

Jurisprudencia

Tesis 1a. CXXXIII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*,
Décima Época, t. II, abril 2016, p. 1103.