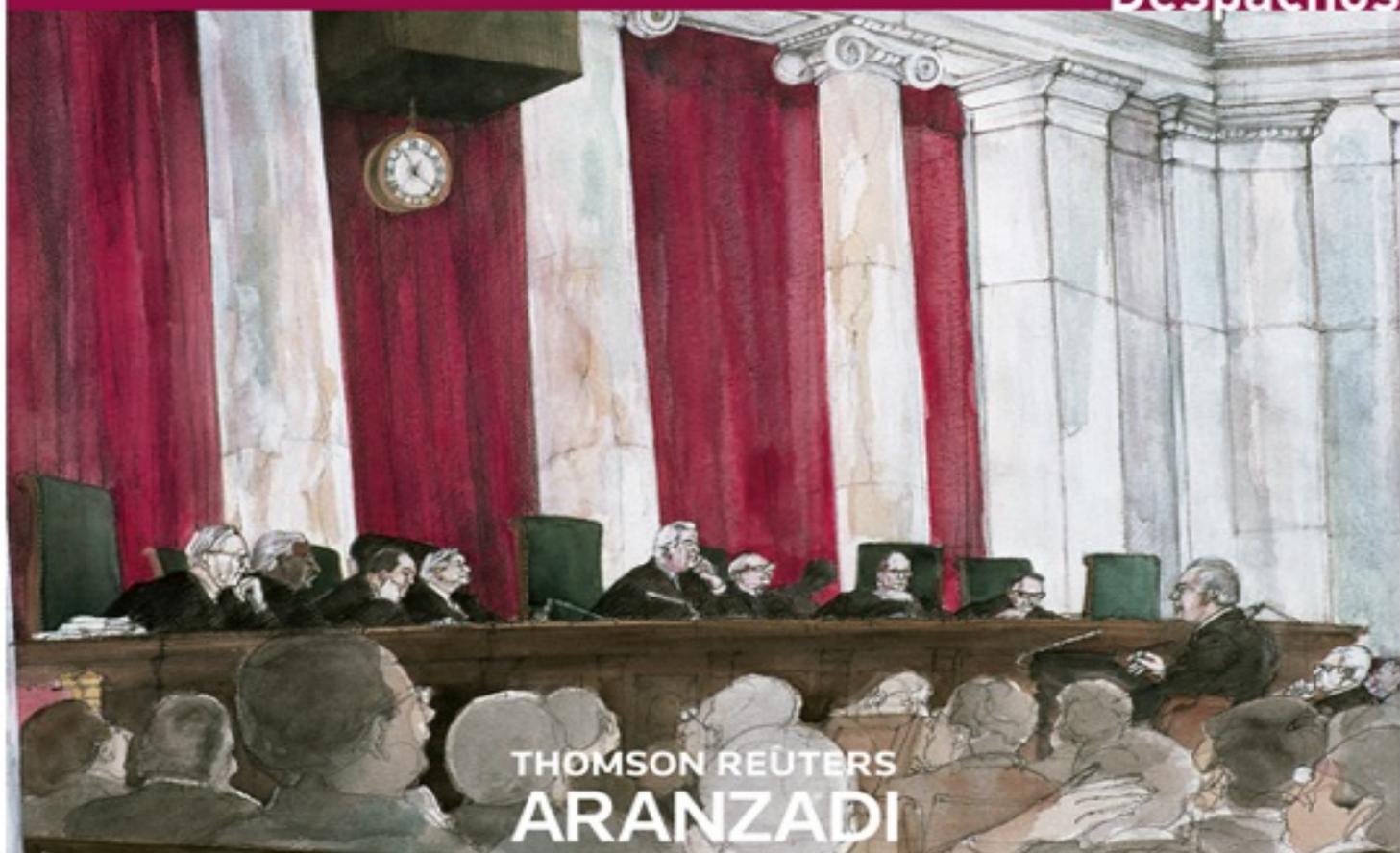


Técnica de la Argumentación Jurídica

3ª EDICIÓN

Concha Calonje

Gestión de
Despachos



THOMSON REÜTERS
ARANZADI

TÉCNICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Tercera Edición

(Autor)

Concha Calonje

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2007

Segunda edición, 2009

Tercera edición, 2014

El Editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2014 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Concha Calonje]

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190, Cizur Menor

Teléfono: 902404047

Fax: 902400010

atencionclientes@thomsonreuters.com

www.thomsonreuters.es

Depósito Legal: NA 147/2014

ISBN 978-84-9059-084-3

AGRADECIMIENTOS

Mabel Álvarez Giay, abogada; Pablo Gómez Acebo, abogado y Luis Vega Reñón, filósofo son tres personas muy allegadas que han actuado de revisores expertos en distintos temas del contenido.

Cruz García Ballesteros (correctora de estilo) completa el equipo que ha hecho posible este libro.

A mi hijo Jaime, abogado

Prólogo a la segunda edición.

Al escribir este prólogo a la 2ª edición del libro me asalta la cuestión que se me planteó ya en la 1ª edición acerca del título. ¿Sería más correcto titularlo *Técnica de la Argumentación del jurista* en lugar de *Técnica de la argumentación jurídica*? ¿Están los fundamentos de la Argumentación jurídica fuera o dentro de la ciencia como tal? A pesar del riesgo que corro de que no sea aprobado por los científicos-teóricos de la Argumentación jurídica, no voy a cambiarlo. No obstante, aprovecho este prólogo para defender mi tesis de que la argumentación jurídica implica una *técnica* cuyo conjunto de procedimientos y reglas para convencer y persuadir traten los problemas de esta disciplina. Utilizando el símil de G. BAKER en «Los principios de la argumentación» la técnica argumentativa «son los hilos de la trama» -mientras que la teoría es «la urdimbre que corre a través de la tela»-.

Con todo, la idea más extendida entre los abogados es que la *Teoría de la Argumentación jurídica* es lo que constituye las condiciones mismas del «saber» y el «hacer» argumentativo ya *que encierra* el estudio de la lógica formal e informal, por un lado, y las reglas de la evidencia y los procedimientos legales por otro,

La Teoría de la argumentación jurídica es un sistema lógico compuesto de observaciones, axiomas y postulados cuyo objetivo es declarar bajo qué condiciones se han de desarrollar los supuestos legales. Como teóricos-científicos, los investigadores de la argumentación jurídica se dedican a dar explicaciones del medio idóneo para que se desarrollen las predicciones de los razonamientos jurídicos así como de ciertos hechos. Y, a partir de estas predicciones, el legislador o el juez especulan, deducen y/o

postulan otros posibles hechos mediante las leyes o sus razonamientos,.

Pero, de la misma manera que el tejido está compuesto de urdimbre y trama, la argumentación jurídica es mucho más que las leyes de la lógica ya que es también y sobre todo un hacer y un producir unos resultados, es fundamentalmente una técnica. Y de la misma manera que en el tejido la urdimbre se distingue de la trama, se puede establecer una frontera nítida entre los problemas del mecanismo o del funcionamiento puramente argumentativo y los problemas epistemológicos de significación o de validez. No obstante, para la perspectiva teórica esta distinción parece imposible. Por lo que se puede decir que el «saber» científico tiende a no considerar el «hacer» del abogado.

Como un autor ante su obra, el abogado, utiliza el conjunto de procedimientos y reglas de la persuasión y las argumentativas de la retórica argumentativa, para obtener los resultados necesarios -*acuerdos, decisiones o consensos*- en el ejercicio del derecho. Por esta técnica (*techné*) aplicable al «saber hacer» y a la «producción», el abogado aprende las formas de justificar las conductas y valoraciones y puede diagnosticar las vías adecuadas para alcanzar esos resultados: a) convenciendo al intelecto del que escucha o del lector por la lógica de la razón; o, b) provocando sus emociones para que actúe como son sus deseos. Para convencer, usa la argumentación y para persuadir depende de su arte y método para tratar las emociones.

En este libro veremos en concreto que en cada caso al abogado se le presentan dos cuestiones y una o las dos pueden ser causa de argumentación jurídica: i) cuál es el hecho y la diferencia de valoraciones en que la controversia se originó y ii) cuáles son las leyes o normas legales por las

que, en vista del hecho y de la valoración mejor argumentada, el asunto se va a determinar. La primera es un tema de habilidad técnica para analizar y apoyar una valoración con la intención de persuadir y convencer a cualquier ser racional de que es la correcta. La segunda depende en su totalidad de los métodos de los procesos del pensamiento sujetos a una estructura formal, la lógica formal, cuyo corolario se llama «ciencia de las leyes del pensamiento» que nos enseña a pensar correctamente.

Desde un enfoque epistemológico podemos decir que la *Teoría de la Argumentación jurídica* es el eje de linealidad en la construcción del derecho. Como *Teoría* se preocupa principalmente de llegar a conclusiones a través del razonamiento lógico, es decir, afirmaciones basadas en premisas. Es usada en la ley y en los juicios para probar y comprobar la validez de los tipos de evidencias. En cambio, la *Técnica de la Argumentación jurídica* es el eje de la circularidad en dicha construcción y se dirige -a diferencia de la Teoría-, a alcanzar soluciones por el acuerdo, la decisión o el consenso basadas en la credibilidad y aceptabilidad de las argumentaciones aducidas y dentro de cada entorno social.

En este libro trato la *Técnica* con su conjunto de procedimientos y reglas en la doble tarea del abogado de: a) convencer a través del intelecto por la lógica de la razón; y b) persuadir provocando las emociones del interlocutor o lector para que actúe como son sus deseos. Dejo para los teóricos-científicos de la Argumentación jurídica la *Teoría* y su estudio de la estructura interior o urdimbre de cada argumento y tampoco entro en el hecho de distinguir el buen razonamiento del malo. Me centro en el conocimiento de las reglas de la persuasión, de la comunicación y de las pruebas argumentativas que, como dijimos, son los hilos de

la trama que independientes de la urdimbre aunque en el mismo telar conforman el tejido.

El objetivo del libro va a ser, pues, doble. En primer lugar, voy a argumentar por qué el abogado tiene la doble tarea de *convencer* y *persuadir* a su oyente o lector acerca de la credibilidad y aceptación de sus palabras. Y, en segundo lugar, intentaré proporcionar al lector: la *estructura*, el *contenido* y la *forma* de la argumentación con las reglas y procedimientos que la Técnica considera aplicables.

Para ello, he dividido el contenido del libro en tres partes: la primera parte está dedicada a la *estructura* por la que transita la argumentación, es decir: la comunicación, sus procesos y reglas. Mostraré que el elemento inicial en dicha estructura es el análisis de situación de hechos y valoraciones cuyo resultado es el diagnóstico. Dominar la técnica del análisis permitirá al abogado hacer sus informes y decidir la mejor vía de solución de los asuntos que tiene entre manos por una de las tres posibilidades: el discurso jurídico, la solución dialogada o el debate en sala o fuera de ella, cada una con sus diferentes argumentaciones.

La segunda parte del libro está dedicada a la argumentación desde la lógica de lo razonable. El *contenido* de la técnica que presento se refiere al adecuado ordenamiento de los distintos argumentos o pruebas de los que hacemos uso común los seres sociales, correspondientes a las vías de solución de la comunicación. Dominar este ordenamiento permitirá al abogado justificar o rechazar los hechos y las valoraciones de los mismos con mayor credibilidad. Éste será el contenido argumental que ha de utilizar en los alegatos, sentencias, soluciones dialogadas o discursos y es lo que va a proporcionarle el poder influir con éxito en la decisión del juez.

Finalmente, la tercera parte del libro está dedicada a la *forma* del lenguaje con que se expresa el abogado, a su manera de presentar sus propuestas y argumentaciones en público y a su manera de comportarse ante las cosas. Desde el punto de vista de la persuasión, la forma del lenguaje es tan importante que puede llegar incluso a ser decisiva para los resultados deseados.

El libro está especialmente dedicado a los jóvenes abogados en el ejercicio de su profesión y pretende también ayudar a los todavía estudiantes universitarios en la adquisición de esta capacidad técnica. El haberme atrevido a escribirlo se lo debo a los abogados a los que he estado enseñando durante los últimos diez años y a los que espero seguir en contacto. Con esta técnica recuperada de los clásicos, si la tienen bien aprendida, podrán trabajar más eficazmente y resolver de manera óptima los asuntos en los casos que traten.

Sin embargo, quiero advertirles antes, como lo hace Quintiliano a sus alumnos, que sólo adquirirán este poder por medio de una constante preparación en el uso de los diferentes argumentos y de una crítica constructiva de los resultados de uno mismo y de los otros. Muy poco a poco y con esfuerzo, el abogado que ya es conocedor de la técnica se reconocerá más efectivo en su tarea de justificar y comunicar con su audiencia. Primero lo tendrá que hacer leyendo este libro y otros sobre el tema y más tarde hablando con unas notas en la mano, luego desde un resumen completo, luego con un resumen breve y finalmente llegará el día en que pueda justificar y comunicar sin ningún esfuerzo. Podrá entonces decir que ha adquirido la *Técnica de la Argumentación jurídica*.

Madrid, febrero 2009

Capítulo 1

La argumentación en el derecho

Sumario:

- . El abogado y las valoraciones de los hechos
- . La argumentación de las valoraciones
- . Alcance de la argumentación
- . Desarrollo de la argumentación
- . Proceso argumental del abogado
- . ¿Quién usa la argumentación en derecho?
- . La argumentación mejora la práctica del derecho

Hay un elemento esencial en toda democracia que no se está atendiendo como sería deseable en las sociedades occidentales. Me refiero a la argumentación de las valoraciones por parte de los actores de los hechos. La argumentación es una competencia que debería formar parte de la práctica jurídica y de la formación de los profesionales relacionados con el derecho en su labor de intermediación y representación de los ciudadanos ante la ley.

Los sujetos que conforman una democracia se comportan y son juzgados según un sistema de valores aceptado por esa sociedad. Estos valores son tan contingentes como las épocas y las propias personas, y están en continuo cambio.

Valores que antaño inspiraban determinadas conductas hoy pueden haber caído en desuso. Todo asunto encierra un conflicto de valoraciones que para su tratamiento requiere una técnica aprendida. Los líderes políticos «escuchan» a la sociedad y ofrecen en sus programas electorales las maneras con que se van a conducir ante ella. Por su lado, las leyes que emanan del Parlamento incorporan los asuntos considerados «razonables» y estos son por mayoría aceptados o no en el ordenamiento legal. Si el sistema funciona, las normas aprobadas deberían contener los hechos y las valoraciones justificadas. Y a esto se denominaría la «razonabilidad» del derecho.

Si se sigue este procedimiento se podría considerar que el ordenamiento jurídico es democrático (y respetado) no porque un «legislador» anónimo y misterioso lo haya impuesto sino por haber sido aceptado por los sujetos a él sometidos. Así que un ordenamiento sería aceptado cuando es razonable y es razonable cuando contiene los valores que la sociedad sugiere y acepta. Y los individuos que componen la sociedad considerarían que se imparte justicia cuando una resolución judicial, además de ajustarse a la legalidad vigente (la letra de la ley), actúa conforme a los valores por los que esta sociedad desea regirse. Pues, la no adecuación de una resolución judicial con los valores de la sociedad puede producir decisiones «legales» pero no necesariamente «justas». Esto no es baladí ya que si la norma no se ajusta a los valores que la sociedad piensa que deberían ser rectores de la vida en común, tarde o temprano, dicha norma será derogada o declarada contraria a los principios de justicia recogidos en las cartas magnas o constituciones que son las que mejor representan la voluntad democrática de esa sociedad.

1.1. EL ABOGADO Y LAS VALORACIONES DE LOS HECHOS

En medio de esta relación entre los individuos y la justicia se halla el abogado. Su papel no incluye el tener que discernir conceptos jurídicos abstractos ni juzgar; éstas serían funciones del juez. El abogado está implicado en la resolución de los problemas y de los conflictos que emergen de las diferentes valoraciones de los hechos de su cliente y de la toma de decisiones del juez.

El papel del abogado es actuar como parte en una lucha de contrarios en el ámbito de lo posible, de lo plausible y de lo verosímil en que nada es exacto ni verdad. En esta lucha, el abogado ha de contar, además de con la norma y la ley, con la inteligencia de carácter substancial que está presente en todas las relaciones interpersonales y sociales; me refiero a la inteligencia que se entiende, según HERÁCLITO, como «la facultad que tiene la humanidad para razonar en común» (1), la cual referida al derecho, se llama argumentación jurídica.

La misión del profesional del derecho es defender a su cliente argumentando sus valoraciones de los hechos como preferibles a las de la parte contraria. Los problemas y conflictos que trata el abogado giran en torno a las diferentes valoraciones de los hechos. Sus argumentaciones serán, en último término, de carácter legal pero antes son de carácter racional. Unas serán buenas razones y otras tendrán un sustento más débil o incluso, a veces, falso o equivocado. Y, así, las decisiones del abogado ante su cliente o las del juez dependerán de estos dos factores: el carácter riguroso de su argumentación y la hábil aplicación de la misma.

Una manera no adecuada de argumentar las valoraciones de los hechos dificultaría los intereses del cliente y la tarea del juez quien, si el abogado no analiza las valoraciones implicadas y hace un tratamiento argumentativo de su propuestas, se vería obligado a aplicar sólo la norma.

El tratamiento de las valoraciones requiere una técnica específica de la argumentación que es la herramienta del profesional del derecho por antonomasia. Empezando porque el establecimiento de las relaciones del abogado con el cliente está determinado por la argumentación. Ésta afecta a la manera en que el abogado defiende, ante los tribunales de justicia, las valoraciones de sus clientes y a la manera de emitir su dictamen sobre los problemas y conflictos que éstos plantean.

¿Qué se espera, en definitiva, del profesional del derecho? Entre sus muchos cometidos, este profesional tiene una tarea muy definida: convertir los intereses particulares de su cliente en valores razonables que se puedan argumentar ante el juez.

El tratamiento racional de los valores era ya considerado en la antigüedad clásica cuando distinguían dos subgéneros en la argumentación jurídica: la *argumentación racional* de los valores y la *argumentación legal* de la norma.

1.2. LA ARGUMENTACIÓN DE LAS VALORACIONES

En efecto, según QUINTILIANO (2) y CICERÓN (3), en la argumentación jurídica se dan dos subgéneros: la argumentación racional y la legal. Ambas se aplican para resolver los asuntos de derecho. Las diferentes

valoraciones a que el abogado debe atender se refieren a dos aspectos diferentes: (i) la valoración de los hechos cometidos por el autor que originaron la controversia; y (ii) la interpretación del texto de la norma a la que hay que someter la resolución de la disputa, es decir, a la validez formal de su aplicación.

Para no mezclar estos dos aspectos, el que un hecho se estime como equitativo, incompatible, etc. lo debemos considerar: «valoración» de un hecho. Y el término «interpretación» es mejor dejarlo para los significados literales y diferencias en sentido lingüístico y para lo concerniente a la aplicación de una ley.

Así, en este libro trato el subgénero racional de la argumentación que se utiliza para resolver las diferencias de valoración de los hechos; mientras que solo me refiero al subgénero legal como el que trata de estudiar y resolver la formalidad lógica en la interpretación de la ley. Es obvio que los dos casos plantean una situación diferente y le dan un tratamiento distinto aunque tengan la misma finalidad. La técnica de la argumentación jurídica que aquí voy a formular hace referencia sólo al primero. Dejo la argumentación legal para la ciencia del derecho y su lógica formal.

En el proceso de la decisión judicial, cada uno de estos subgéneros de la argumentación –el racional y el legal– es tratado con un tipo de razón distinta: la primera valorativa y la segunda formal y literal. La *argumentación racional* justifica la relatividad valorativa que envuelve el conflicto en relación con el autor del mismo. La *interpretación legal* justifica la aplicación formal de la ley ante un conflicto jurídico; esta concepción de la argumentación también interviene cuando aparecen o se buscan diferencias de interpretación lingüística en la literalidad de las normas y

para justificar la práctica normativa y otras aplicaciones ajustadas a la ley.

1.3. ALCANCE DE LA ARGUMENTACIÓN

Una vez aclarado el contexto en que se sitúa la argumentación racional y tras establecer su diferencia con la interpretación legal, podemos aceptar la definición de la argumentación como: «el tipo de razonamiento que prueba y refuta las proposiciones relativas al derecho de las personas para obtener o hacer algo legítimamente» (2). Desde el punto de vista práctico propio de la argumentación también aceptamos, entre otras, la definición de la pragma-dialéctica de Van Eemeren cuando dice que la argumentación jurídica «nunca puede ser definida como un producto fruto del análisis teórico y solitario de los argumentos, sino como una forma interactiva de proceder, un procedimiento dialéctico, un proceso interpersonal de justificación donde cobran el mayor relieve los recursos inteligentes y las estrategias retóricas y argumentativas» (4).

Inciendo en lo dicho hasta aquí, se puede concluir que hay tres grados de abstracción en la argumentación en derecho: el primero es una manera de razonar «formal» sobre la validez de los pasos de las argumentaciones; el segundo, es el proceso «práctico» e interactivo de razonar sobre la aplicación de las normas; y el tercero, en el que se va a centrar este libro, es el de la argumentación propiamente dicha que los abogados construyen y presentan ante el juez, el cliente o cualquier interlocutor, sobre temas relacionados con el derecho y con anterioridad a toda demostración de su validez formal.

Cuando el abogado se reúne con el cliente para analizar la situación de un posible asunto a tratar, sea éste de derecho privado o público, se inicia un proceso de razonamiento común a todo ser humano. En este proceso, el abogado es el intermediario entre los tribunales de justicia y el cliente. Y, en calidad de tal tendrá que indagar y preguntar por los hechos objetivos, e interesarse por identificar las diferentes valoraciones de los mismos. Sólo así, el cliente sentirá que el profesional en quien va a confiar su caso percibe el asunto y lo está enfocando desde su realidad, no sólo desde el plano de lo legal.

Cuando el abogado, además de preguntar al cliente por los hechos que han provocado el problema o conflicto, trata de averiguar las valoraciones que se dan entre todos los implicados, pasa a considerar el caso desde su «razonabilidad». Lo que no va a impedir que, después del interrogatorio, al buscar la argumentación que ha de esgrimir ante el juez, utilice ciertas leyes para apoyar las valoraciones de su cliente. En su comparecencia en sala, el abogado argumentará la legalidad del hecho conforme la razonabilidad de las valoraciones y conforme a la letra de la ley.

1.4. DESARROLLO DE LA ARGUMENTACIÓN

La argumentación racional es la herramienta fundamental para optimizar la práctica jurídica, es decir, para ser efectivo. El cliente espera de su abogado que logre: acuerdos, decisiones o juicios a su favor o, en su caso, entendimientos con la otra parte. La buena argumentación de las diferentes valoraciones de los hechos es lo que va a permitir crear y producir estos resultados.

Por un lado, los maestros del di jurídico, QUINTILIANO y CICERÓN, entendieron que son necesarios los dos subgéneros de la argumentación: la *argumentación racional* y la *legal* para lograr una buena práctica jurídica. Por otro lado, Aristóteles, nos enseña que estos subgéneros tienen un tratamiento lógico diferente -basados, uno en la razón social y el otro en la lógica formal-. Ambos comparten un modelo operativo común: el arte de la Retórica (5) que hoy se entiende como «Comunicación». El jurista necesita ambos subgéneros y, sobre todo, necesita la comunicación como herramienta para acceder a las posibles vías de solución de los asuntos y para tratar las valoraciones enfrentadas que están originando el problema o conflicto.

La fórmula básica utilizada desde la antigüedad por los abogados en el ejercicio de su profesión incluye: *analizar, dictaminar, persuadir, justificar y convencer para influir en la decisión del juez*. Esta fórmula permite, según QUINTILIANO, «defender ante los tribunales de justicia los intereses de sus clientes y emitir dictámenes en los problemas jurídicos que se le plantean»(2)

En la segunda mitad del siglo XX, los teóricos del derecho se plantean la fórmula de administrar justicia desde la argumentación sin soslayar su enfoque racional. El *Tratado de la argumentación* de Ch. PERELMAN & OLBRECHTS TYTECA (6) o la *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho* de Luis RECASÉNS FICHES (7) son quizás los mayores exponentes teóricos de este intento de utilizar la vía racional en el tratamiento de los conflictos jurídicos.

Ch. PERELMAN recupera de los clásicos el enfoque axiológico del derecho, basado en la «teoría de los valores» (8) y con él la consideración de la calidad intrínseca de los hechos y de su valor relativo. Sin embargo, este intento de recuperar

la argumentación como tratamiento de los valores, aunque significó mucho para el derecho en aquellos años de agitación democrática en Europa, se sigue hoy entendiendo como un modelo práctico de corte legalista. La mentalidad que prevalece entre los abogados y en las facultades de derecho es, aunque cada vez con más problemas, la práctica de una aplicación formal de la norma. Este es el modelo descrito en «Los usos de los argumentos» de Stephen TOULMIN (9) y en otras tantas obras sobre la argumentación jurídica.

Aunque el enfoque o mentalidad imperante en el ámbito universitario siga siendo el legalista, no es menos cierto que se aprecia una tendencia al cambio. Que se hable cada vez más de «acciones en equidad» frente a las tradicionales «acciones en derecho» pone de manifiesto este cambio de tendencia. En este sentido se aprecia que las sociedades actuales con más experiencia democrática dan mayor importancia al enfoque racional del derecho. La verdadera participación del pueblo en la administración de justicia - paradigma de la administración de justicia en una democracia- lo hace necesario. El compromiso del individuo en sociedad se logra por la libertad de juzgar sobre los asuntos de tal manera que las valoraciones de los actores implicados se vean indirecta pero claramente reflejadas en las sentencias judiciales. Y, para que esto ocurra, es necesario enfocar las cuestiones de derecho desde el punto de vista racional propio de la razón social.

Internacionalmente, la *Internacional Society for the Study of Argumentation* aunque prioriza la argumentación «legal» del derecho, parece que se aproxima a aceptar la necesidad de la argumentación «racional» como su complemento necesario. Académicos de una gran parte de los países occidentales y orientales se reúnen hoy para reflexionar acerca de cuáles son las mejores prácticas de la

argumentación en derecho, educación, política, epistemología, cine, medicina y salud, incluso en religión y filosofía. Y, en alguna ocasión, aparecen esfuerzos semejantes al que aquí se pretende para desarrollar la argumentación como la técnica primaria y principal del profesional del derecho. En la última de las conferencias de esta Institución dedicada al estudio de la argumentación (10), a la que tuve el gusto de acudir, pude hacerme una idea de la situación en que se encuentra esta investigación y el alto nivel académico con que se trabaja, pero todavía se echa de menos la integración de ambos aspectos de la argumentación: la racional y la legal.

Durante los años que llevan reuniéndose estos estudiosos de la argumentación, han encontrado un lenguaje común que comparten y cuya base se asienta en la lógica informal de la «pragma-dialéctica» de corte normativo y legalista. No están, sin embargo, cerrados a soluciones argumentativas acerca de la decisión judicial. Puede que, por fin, se esté aceptando el hecho de que decidir con justicia y equidad requiere retomar la técnica común de la argumentación y la comunicación como medio de interacción bidireccional.

1.5. PROCESO ARGUMENTAL DEL ABOGADO

Las herramientas humanas de la comunicación enumeradas desde los clásicos son: el análisis de situación, el diálogo, el debate y el discurso. Son el soporte de la argumentación. En un entorno democrático en el que la opinión y la libre expresión han de imperar, las herramientas de la comunicación actúan como vías argumentativas de solución de problemas y conflictos. Se dice que CÍCERÓN (3) fue el primero que codificó la comunicación como el medio

apropiado en el proceso de la argumentación del abogado para la defensa de su cliente.

El primer paso de este proceso utiliza la herramienta llamada análisis de situación. El fin de ésta es oír al autor e investigar los hechos y las diferentes valoraciones de los actores implicados en la situación. El diagnóstico final que de él resulta generará el dictamen del abogado en que, sobre todo, remarca las posibles argumentaciones y vías de solución del asunto.

El segundo paso del proceso argumentativo del abogado es el uso del diálogo con el cliente y con su equipo en el despacho. Esta es la fase en la que se intenta resolver los problemas mediante un entendimiento común acerca de lo que parece más conveniente. Este tipo de solución dialogada evitaría llevar el asunto a juicio. Como en la situación anterior, en esta etapa, el abogado debe seguir unos pasos específicos de comunicación para contrastar sus argumentos con el cliente o con las partes implicadas.

Si, por el contrario, el abogado comprueba que no es posible el diálogo y se decide que hay que resolver el conflicto judicialmente, el *debate* y su argumentación son la vía de comunicación necesaria para que el juez decida, o para que las partes enfrentadas consensuen o acerquen sus posiciones. Éste es el tercer paso del proceso argumental del abogado.

Desde el punto de vista del argumento, el paso más creativo del proceso tiene lugar durante el debate entre las partes en la exposición ante el juez. Durante la confrontación de las valoraciones sobre los hechos ocurridos, el juez ha de llegar a una conclusión cuya argumentación pueda superar a las expuestas.

Al final del juicio, cuando el juez da la palabra a las partes para que expongan sus enfoques y sus conclusiones, le llega el momento al *discurso* jurídico del abogado. Éste tiene entonces la oportunidad de resumir sus propuestas y argumentos a favor de su cliente y de recordar al juez la conveniencia de apoyar sus valoraciones frente a las del contrario. Fuera de sala, el discurso servirá para mantener los acuerdos alcanzados.

En la medida que un abogado domina la argumentación racional y la comunicación se hace más y más consciente de hasta qué punto el caso depende del proceso argumental. Cada cliente será para ellos una oportunidad de crear un proceso persuasivo y convincente que se inicia con la entrada de la información que el cliente le proporciona (análisis) y finaliza con el cierre de su discurso jurídico y la comunicación de que el caso se ha ganado o perdido.

De entre mis alumnos, a los abogados y abogadas que entienden el ejercicio de su profesión como una serie de pasos bien argumentados, comunicados y diseñados con el cliente como la manera de resolver los problemas de manera integrada, les llamo juristas «postconvencionales». Así la abogada «convencional» es aquella que conoce la gestión de los procesos de argumentación en equipo, reforzados con valores, y fundamentados con pretensión de validez universal. Pero, la abogada que llamo «postconvencional» gestiona, además, los temas judiciales y todo su servicio al cliente como un proceso compartido. Quizás le lleva más tiempo y consideración pues consiste en tratar los asuntos entre varios. Pero la gran ventaja está en que el éxito estará asegurado con solo no desatenderlos.

A los abogados y abogadas que no están iniciados en este proceso argumental les digo que no tienen más que dos

opciones: (i) ignorar que toda actividad es un proceso y confiar irracionalmente en que resulte lo que se persigue o (ii) considerar la tarea del abogado como un proceso racional en el que se gestiona con método las diferentes situaciones hacia el fin propuesto. Por su parte, durante el proceso argumental, el equipo de abogados opera, avanza y evalúa para llevar al juez y al cliente, desde los hechos sucedidos hasta la decisión judicial.

1.6. ¿QUIÉN USA LA ARGUMENTACIÓN EN DERECHO?

Hemos visto que en derecho la argumentación trata las valoraciones; pero también las mantiene en su estado. El tratamiento de los valores hace posible que el *cliente* pueda defender una opinión frente a otras posibles valoraciones, al menos durante cierto tiempo.

Todo el conjunto de personas implicadas en la investigación, en la práctica y en el ejercicio del derecho, desde el legislador hasta el ciudadano, hacen uso de la argumentación para justificar las valoraciones. El *legislador* utiliza la argumentación cuando en su elaboración de las leyes propone lo que él ve en la sociedad como «valoraciones razonables» y las defiende con argumentos extraídos del razonamiento común. Da razones que avalan sus deliberaciones haciéndolas así aceptables para aquellos que gobiernan.

Por su parte, los *jueces* utilizan la argumentación cuando deciden sobre el asunto del litigio, cuando aplican las reglas del derecho según las circunstancias concretas de cada asunto y cuando evalúan los puntos de vista y las valoraciones que los abogados tratan de hacer patentes y probar. También utilizan la argumentación cuando

solucionan conflictos entre valoraciones envueltas en un mismo orden racional; cuando aceptan precedentes, valoran los hechos ellos mismos, determinan la solución más razonable para cada caso y, lo más importante, cuando justifican su decisiones.

Pero, los verdaderos artífices de la argumentación son los *abogados*. Su profesionalidad les distingue cuando analizan, dictaminan y presentan los casos de sus clientes ante el juez valorando los hechos y defendiéndolos frente a las valoraciones del contrario; cuando razonan con referencia a los precedentes; cuando construyen y dan razones en apoyo de sus acusaciones, defensas y alegaciones ante el juez y con el autor de los hechos. Por extensión, el abogado también argumenta cuando intenta conseguir soluciones dialogadas que eviten ir a juicio, cuando emite sus alegaciones y discursos ante el cliente o el juez y cuando desactiva las alegaciones de la parte contraria.

La argumentación como instrumento de los valores democráticos también es necesaria en otras áreas de la administración de justicia. Los ciudadanos necesitan que el abogado les resuelva los problemas ocasionados por sus malas relaciones o les ayude a prevenirlas; que les oriente en la toma de decisiones, en los cambios de opinión, etc. o, simplemente, que les asesore en temas generales. Todas estas personas y funciones relacionadas con el derecho requieren de la argumentación racional para tomar las decisiones que van a impulsar sus proyectos y van a resolver adecuadamente sus *problemas y conflictos*.

1.7. LA ARGUMENTACIÓN MEJORA LA PRÁCTICA DEL DERECHO

Si es cierto que, como hemos dicho, el derecho progresa con la sociedad y a la inversa si cambian y se desarrollan juntos, queda por preguntarse ¿de qué manera la argumentación mejora y optimiza la práctica jurídica? La respuesta más concreta es que, en derecho, para conseguir lo que es justo, a parte de lo que es requisito estrictamente legal, hay que llegar a acuerdos, decisiones y consensos. Y, socialmente hablando, estas posibles soluciones se logran mediante razones compartidas que se consideran posibles o que se aceptan como probables. Tarea que, como hemos dicho, recae sobre todas las personas relacionadas con el derecho y que sólo es factible por el juego racional de las valoraciones enfrentadas y argumentadas. Ni la lógica formal, ni la lógica informal encierran la semilla del acuerdo o la decisión propios de la argumentación racional. Para decidir hay que estar i) persuadido y ii) convencido. Solo de esta manera se llega a una decisión compartida, consciente y de peso. Cuando los abogados argumentan las valoraciones de los hechos ante el juez o ante la otra parte, es sorprendente comprobar lo diferente que resulta. Es, en esas circunstancias de lo razonable, cuando de verdad se aprecia el impacto de la equidad y la justicia y cuando se consigue la aquiescencia judicial.

La participación de la sociedad en la administración de la justicia, como decíamos más arriba, es el paradigma de las democracias actuales. De ahí que la razón originaria de la argumentación consista en operar, avanzar, acordar y decidir por medio del roce de las inteligencias. Idea que se remonta a HERÁCLITO (1) y su consideración del logos como instrumento..

Por el logos de la argumentación, el abogado no se limita a representar la realidad de los hechos y su relación con el autor de los mismos sino que participa con la otra parte en la creación de algo que les es extraño a ambos: la decisión

del juez o del árbitro. Así, el papel que juega el abogado en esa decisión judicial o en la del cliente en su caso es ejercer la doble tarea que le exige la argumentación: *persuadir* a la emoción del contario para llegar a acuerdos y mantenerlos, y *convencer* a su razón para obligarle a elegir y decidir en beneficio de su propósito; lo que se logra por el juego racional de la argumentación.

Es de resaltar que la argumentación aparece en la sociedad y en el derecho al mismo tiempo y con la misma proporción que los estados democráticos constitucionales. En una democracia consolidada, hasta el legislador toma parte en el juego de la argumentación. El derecho es considerado un concepto de orden sociológico respaldado por la aceptación social de unos valores comunes. Valores que son efectivos y se transforman en normas cuando son socialmente justificados, es decir, argumentados y aceptados.

También es importante observar que ni los mismos jueces se guían sólo por la autoridad judicial de las leyes estrictas. En la actualidad, todo juez consideraría legítima una decisión judicial cuando su contenido expresa aquello que resulta jurídicamente valioso tanto para la conciencia jurídica general de la comunidad como para la seguridad y el proceso positivo. En el momento democrático en que vivimos no se admitiría que las decisiones judiciales se basasen en otros valores que no fueran los de la comunidad. Son éstos los que procuran al juez la fuerza de obligar.

Como dice Margarita BELADIEZ ROJO en *Los principios jurídicos* (11): «Al estar hoy plenamente admitido por la democracia que el origen del poder está en la comunidad, no tiene sentido fundamentar el derecho en otro poder jurídico que no sea el de la propia comunidad y sus valores». Esta autora afirma también que la

fundamentación del derecho en los valores jurídicos de la comunidad ha sido así desde siempre.

Capítulo 2

Argumentación y comunicación

Sumario:

- . Fórmula básica de la argumentación
 1. La obligada tarea del abogado de persuadir y convencer
 2. La decisión del juez o del cliente
- . La comunicación es el medio para la argumentación
 1. La argumentación en la acción comunicativa
 2. El carácter dialógico de la comunicación-argumentación
- . La defensibilidad del caso
 1. Caso fácil
 2. Caso de duda seria
 3. Caso de causa honesta
 4. Caso de mínima cuantía
 5. Caso de causa obscura

En este capítulo, antes de entrar a exponer la técnica de la argumentación en sí, trato de aclarar la relación entre la argumentación y la comunicación. Voy a precisar cómo el argumentar y el comunicar interactúan en la doble tarea del abogado de persuadir y convencer hacia acuerdos,

decisiones a la acción o decisiones judiciales. Luego expondré el hecho de que la comunicación es el medio por el que discurre la argumentación. Y terminaré con lo que se conoce en derecho como grado de «defensibilidad» de los conflictos. Éste último punto es importante para determinar la vía de comunicación que se ha de utilizar en la solución de cada caso ya que distinguir con anterioridad la dificultad de comprensión que va a presentar el asunto es decisivo para el dictamen del abogado.

Para hacer más fácil la comprensión de estos temas he utilizado como ejemplo un fragmento de un discurso de alegación perteneciente al guión de la película de Oliver Stone: «JFK caso abierto» (12). Dicho pasaje está sacado de un hecho de ficción pero nos sirve muy bien para apreciar cómo interactúan la argumentación y la acción comunicativa en la labor de persuadir a la audiencia antes de intentar convencerla.

ABOGADO DE LA ACUSACIÓN: «... nos obliga a responder a unas preguntas terribles ¿qué es nuestra Constitución? ¿qué vale nuestra ciudadanía y más aún nuestra vida? ¿qué futuro tiene una democracia cuyo presidente puede ser asesinado en unas circunstancias tremendamente sospechosas mientras que la maquinaria legal ni siquiera se inmuta?...

...

Existen cientos de documentos que ayudarían a probar que hubo una conspiración. Entonces, ¿por qué los retiene el gobierno? Cada vez que mi oficina o ustedes el pueblo han hecho estas preguntas o han exigido pruebas, la respuesta de allí arriba siempre ha sido: seguridad nacional. ¿Qué clase de seguridad nacional es ésa si puede quitarnos a nuestros líderes? ¿Qué clase de seguridad nacional permite que se arrebatte el poder de las manos del pueblo... y legaliza las tendencias de un gobierno...?

..

Denuncio que lo ocurrido el 22 de noviembre de 1963, fue un golpe de estado.

...

El resultado más directo y trágico fue revocar la decisión del presidente Kennedy de retirar nuestras fuerzas de Vietnam. La guerra es el mayor negocio de América con un gasto de 80 billones de dólares... Algunos dicen que estoy loco, que soy el típico trepa del sur. Pero hay una manera sencilla de saber si soy un paranoico. Esos documentos no les pertenecen, les pertenecen al pueblo, los han pagado pero como el gobierno nos toma como niños que podrían sentirse abrumados o incapaces de hacer frente a la realidad o quizás porque acabaríamos linchando a los responsables.

No es relevante el hecho de que este discurso nunca se haya pronunciado en un estrado y, como he dicho, aunque pertenece al guión de una película, lo que aquí nos interesa es observar la relación argumentación-comunicación en cualquier tipo de acción comunicativa. El primer objetivo del discurso del abogado defensor es tratar los sentimientos de la audiencia para conseguir que le crean antes de que puedan decidir a su favor.

En el primer párrafo podemos apreciar que el abogado está intentando ir más allá del tema sobre el que va a hablar utilizando las preguntas retóricas para que la audiencia se interese por los hechos que se van a valorar como son: la constitución, la democracia, la ciudadanía y las circunstancias sospechosas (el golpe de estado) en las que éstos han ocurrido. Aunque el inicio del discurso no es precisamente la parte en la que se debe intentar convencer, sí es cuando se guía a la audiencia hacia los hechos ocurridos, los presuntos autores y las valoraciones, es decir, hacia los objetos reales de la denuncia.

En el segundo párrafo, el abogado está narrando los hechos y preparando el camino para convencer a su audiencia. Esta parte de la comunicación la dedica también a persuadir exponiendo los hechos en toda su extensión para esclarecer el asunto antes de presentar su acusación y argumentación.

En el tercer párrafo del discurso, el abogado está denunciando directamente lo que él considera un «golpe de estado». Su valoración es fruto de los hechos presentados en la exposición anterior a partir de los documentos retenidos por el gobierno, de las preguntas que hace el pueblo y de la respuesta que recibe referidas a la seguridad nacional. El abogado del caso JFK «valora» que se trata de una conspiración para perpetrar un golpe de estado, una conspiración política disfrazada de un «asunto de seguridad nacional».

Una vez emitida su valoración en forma de acusación, el letrado la justifica ante la audiencia con dos tipos diferentes de argumentos racionales: uno, apelando a los resultados que se pretenden al «revocar su decisión de retirar las tropas de Vietnam» y otro, apelando a los intereses económicos: «la guerra es el mayor negocio de América con un gasto de 80 billones de dólares». A estas dos argumentaciones, el abogado añade su oposición al comportamiento del gobierno que retiene documentos apelando a dicha seguridad y se lamenta de que por ello no se puede probar nada. Finalmente, el letrado intenta redirigir las posibles emociones del auditorio hacia su persona pidiendo «que no se le considere un loco», y hacia la sociedad pidiendo que no se les trate como «niños que podrían sentirse abrumados o incapaces de hacer frente a la realidad porque acabaríamos linchando a los responsables».

Traduciendo el ejemplo al lenguaje técnico de la argumentación resulta que: por medio del discurso, el abogado prepara a su audiencia tratando los «hechos» y la «valoración» de los mismos. Prueba, por ejemplo, que ciertos intereses económicos y una actitud política antisocial están provocando unos resultados de alcance anticonstitucional claramente censurables.

Del mismo modo ante la parte contraria en sala, el abogado debe utilizar una comunicación ordenada y argumentada para que el juez llegue a elegir y decidir a su favor. Cuando se tratan las emociones para persuadir por medio de ellas no se ha de hacer como en el discurso que Marco Antonio pronuncia ante la plebe en el «Julio César» de W. SHAKESPEARE (13). En vez de enarbolar sólo emociones y sentimientos para lograr la adhesión del que le escucha, el abogado debe utilizar un lenguaje descriptivo que le permita trascender dichas emociones realizando la superioridad de los valores y la prioridad dentro de ellos. Consciente de que solo la argumentación de los valores puede facilitar la decisión del juez.

2.1. FÓRMULA BÁSICA DE LA ARGUMENTACIÓN

Ciertamente, convencer al cliente o al juez obliga al abogado a practicar primero el arte de la persuasión y ello en detrimento de lo que la interpretación formal considera la verdadera demostración, la que conduce a la certeza de la ley. Platón estaba convencido de que no se puede descartar el arte de la persuasión como inútil. A través de la persuasión, el abogado prepara al juez para que acepte su argumentación.

Así pues, el primer elemento a tener en cuenta en la argumentación es la persuasión. Para persuadir con efectividad, el abogado debe primero distinguir claramente entre la opinión y la valoración de los hechos. Platón habla de esta relación por boca de DIOTIMA (14) cuando dice: «entre la ignorancia y la sabiduría siempre se halla la recta opinión». Con esta frase, Platón se está refiriendo a la opinión honrada y justa (recta opinión) fruto de una valoración de los hechos comprometida. Lo que aquí nos