
Giusy Conza. Doctora en Filosofía del derecho por la Universidad degli Studi di Napoli Federico II. Actualmente es Profesora contratada de Metodología de la ciencia jurídica en el año académico 2019/2020 por la Universidad Luiss Guido Carli. Sus ámbitos de investigación son las argumentación jurídica, la bioética y el razonamiento judicial de los jueces. Autor de diversas publicaciones entre los cuales junto con F. Di Donato y F. Scamardella, *Crossing Theories of Argumentation and Human-Contextual Dimensions to Analyze Judicial Decisions and Legal Truth Acquiring*, in *Truth and Objectivity in Law and Morals*, ARSP Beiheft 148, Franz Steiner Verlag, 2016; *La vulnerabilità al vaglio dell'argomentazione giuridica. Il caso Cappato*, in *Ars interpretandi* 2/2019.

Contacto: giusy.conza@unina.it

¿CÓMO SE ARGUMENTA? UNA APROXIMACIÓN PRAGMÁTICO – DIALÉCTICA¹

Giusy Conza

Università degli Studi di Napoli Federico II

HOW DO YOU ARGUE? THE PRAGMA-DIALECTICAL APPROACH

Resumen

En el presente ensayo intento demostrar, partiendo del rol que el “derecho viviente” está adquiriendo en el complejo panorama jurídico, la centralidad de la argumentación jurídica.

Al mismo tiempo, teniendo en cuenta la importante contribución que Atienza le ha dado a la teoría de la argumentación jurídica, aclararé cómo se argumenta un caso práctico siguiendo un enfoque pragma-dialéctico. El objetivo será demostrar cómo esta lectura puede constituir una base teórica de resoluciones de conflictos jurídicos.

Palabras clave

Argumentación jurídica, Pragma-dialéctica, Caso práctico, Razonamiento judicial.

¹ Fecha de recepción: 14 de Junio 2019; fecha de aceptación: 11 de Septiembre 2019. El presente artículo es resultado de un proyecto de investigación desarrollado en el Dipartimento di Giurisprudenza-Università degli Studi di Napoli Federico II.

Abstract

The objective of this work is to demonstrate, considering the importance of 'case law', the relevance of legal argumentation. At the same time, considering the significant contribution by Atienza to the theory of legal argumentation, I will try to clarify how to use pragma-dialectical theory to analyze and evaluate argumentation in actual practice. This reading is intended to provide a theoretical basis for the resolution of legal disputes.

Keywords

Legal Argumentation, Pragma-dialectical approach, Case law, Legal reasoning.

La centralidad de la argumentación jurídica

El estudio de la dimensión interpretativa² y la argumentación del derecho, en un contexto de complejidad de la experiencia jurídica, permitió a los filósofos y teóricos del derecho centrarse en los elementos, no solo normativos, sino también ideales y factuales del derecho mismo. Basta pensar en la posición que el “derecho viviente” ocupa en el actual panorama jurídico, junto al fenómeno de “constitucionalización” de los derechos fundamentales que se deriva de una renovada comprensión de la relación entre derecho y moral en términos complejos de “conexión” entre ellos.

Estas repercusiones pueden, sin duda encontrarse en el nuevo valor al rol “creativo”³ (Barak, 1989; Barak, 2003; De Luca Tamajo, 2016; Cricenti, 2017), del juez en su trabajo de ponderación de principios. Esto es particularmente evidente al ofrecer soluciones a casos difíciles que dan prueba de la existencia de un tejido moral de la colectividad, revitalizado y positivizado precisamente por los principios jurídico-constitucionales a menudo en conflicto.

Es en este contexto que irrumpe el rol de la argumentación en el discurso jurídico (Alexy, 1997; Aarnio, Alexy y Peczenik, 1981) donde predominan las justificaciones racionales de las decisiones judiciales. Si es bastante razonable, por tanto, reconocer un interés hacia el momento argumentativo, más complejo resulta comprender en qué sentido dicha perspectiva permite un conocimiento especial de los distintos aspectos del momento decisonal que de otro modo permanecerían “inviolados”. En mi perspectiva de investigación, considero la argumentación como el núcleo de la actividad decisonal,

2 Se trata del contexto iusfilosófico hermenéutico que ha negado, al menos en parte la idea del iuspositivismo de un derecho sistemático, completo y carente de lagunas. El juez debe interpretar y argumentar, no puede limitarse a subsumir la norma. En relación a la experiencia de la Pandectística alemana y de la Escuela Exegética véase Fassò (2006).

3 En un artículo aparecido en *La Repubblica* (3 setiembre 2014) un magistrado, dott. Fresa, a propósito del rol “creativo” del juez en la interpretación judicial, dijo: “Para tomar ciertas decisiones se requiere, además de profesionalismo y competencias específicas, coraje. El coraje de desatender antecedentes judiciales de signo contrario, incluso de legitimidad y de interpretar el complejo sistema normativo en ausencia de específicas leyes que reglamentan específicas materias. La interpretación sistemática y evolutiva (no solo la literal, mucho más fácil) —que tenga en cuenta las orientaciones de los Cortes supranacionales y los valores fundamentales de la Constitución— es el corazón de nuestro trabajo y es la garantía más auténtica de la defensa de los derechos humanos, incluso cuando no existan leyes específicas y claras. Desde siempre el derecho precede las reformas legislativas por el simple motivo de que los casos concretos y la evolución de la sociedad viajan a velocidad más elevada con respecto a las leyes generales y abstractas. (...) Un magistrado conformista no es, según yo, un buen magistrado”. Un colega, el juez Rocchi, así respondió: “no cree en absoluto que la tarea de los magistrados sea el de “descubrir” nuevos derechos fundamentales y censurar el legislador inerte cada vez menos disponible a la consecución del bien común”. Si estos son los dos aspectos de la creatividad, es necesario entenderlos sobre el significado de esta palabra. Yo entiendo por creatividad una especie de activismo judicial que no significa creación sin límite alguno, pero que implica un razonamiento ponderativo entre principios constitucionales que no establecen un procedimiento arbitrario sino adecuadamente justificado. (Cfr. Atienza, 2018 y Barak, 1989). Sobre un estudio de la jurisprudencia creativa en los distintos ámbitos disciplinarios véase De Luca Tamajo (2016); Cricenti (2017); Barak (2003). En un sentido crítico véase Ferrajoli (2016).

con referencia específica al proceso, y por tanto la decisión del juez como definición de una controversia en clave pragma-dialéctica, como en lo que respecta a aspectos más generales del discurso jurídico relativos al control y a la verificabilidad de una decisión judicial insertada en un contexto más amplio, inspirando al sistema normativo en su conjunto (fuentes, precedentes decisiones judiciales, lagunas, antinomias), en el cual la argumentación llega a cumplir una verdadera función ‘creativa’ del derecho. Es necesario considerar que el derecho se declina cada vez más en clave de jurisdiccionalización que, en la superación de los rígidos esquemas del derecho *positum*, se va adaptando a las necesidades cambiantes del caso concreto.

En este sentido, el papel del intérprete ha cambiado. A él se le requiere un *compromiso* dentro del proceso interpretativo y argumentativo destinado a mantener juntos “el horizonte del pasado (entendido en referencia a la ley y las demás positivizaciones jurídicas) con el horizonte del presente (asumido con referencia a las necesidades y los valores de la comunidad al momento de la aplicación)” (Lipari, 2016, p. 298) en un contexto de diálogo en el cual el juez reacciona o previene determinadas críticas racionales.

Si este es el escenario, utilizando las palabras de Abignente (2014), quizás se pueda “afirmar que la dimensión ética pertenece a la argumentación en general pero también a la argumentación jurídica. El valor que encarna es la tarea y el compromiso de la justificación, ese proceso continuo capaz de ser puesto constantemente en discusión en sus metas provisionales, su proyección a un resultado determinado o, para acercarme a la terminología de Dworkin, *verdadero* como un fin tendencial nunca alcanzado satisfactoriamente” (p. 25).

Este proceso que ve en la justicia la finalidad del derecho que se realiza en la solución del caso concreto confiada a la argumentación del juez se refleja en la “instancia de justicia que el individuo, a través del derecho, experimenta en su relacionarse con el otro” (p. 26). Una justicia que se inclina a “la argumentación, como justificación de la práctica de justicia, encarna y manifiesta una dimensión ética” (p. 26).

En este sentido, resulta más claro cómo “uno de los aspectos — quizás el más difícil — del enfoque del derecho como argumentación consiste en ofrecer una reconstrucción satisfactoria del razonamiento jurídico que da cuenta de sus elementos morales y políticos; o, dicho de otra manera, dé las peculiaridades del razonamiento jurídico dentro de la unidad de la razón práctica” (Atienza, 2006, pp. 69-70).

La idea de realizar un análisis argumentativo de las sentencias jurisprudenciales nace de la necesidad de dar cuenta de esta reconstrucción que antes de todo requiere conjugar el aspecto cognoscitivo de la teoría de la argumentación con la práctica de

la argumentación. En particular, intentaré demostrar cómo una aproximación teórica de la argumentación resulta indispensable para mejorar la práctica argumentativa⁴.

Por este motivo, he optado por analizar un caso — junto a la definición por parte del Pleno de la Corte — de particular complejidad que toca temáticas delicadas como las del comienzo de la vida, pero que, al mismo tiempo, puede ser reconstruido a la luz de un enfoque pragma-dialéctico. La argumentación jurídica, en una reconstrucción pragma-dialéctica, podrá ser apreciada como una “forma institucionalizada de discusión crítica” (Damele, 2006, p.119; Feteris, 2007, pp. 537-548) cuyo fin es la resolución de un conflicto “*difference of opinion*” (Van Eemeren y Grootendorst, 2004).

Es interesante investigar cómo esto ocurre en concreto.

Una aproximación pragma-dialéctica

En el análisis del caso, partir desde una dimensión pragmática de la argumentación jurídica permite observar el objetivo que el *iter* argumentativo pretende perseguir, la persuasión o el consentimiento de la otra parte. En este intento, a diferencia de lo que Atienza define como concepción formal⁵ de la argumentación, la dimensión pragmática es una actividad *en ciernes*, un proceso de interacción social que implica al destinatario produciendo determinados efectos. Uno de estos efectos es la persuasión que se puede obtener mediante la técnica oratoria por excelencia, mejor conocida como retórica; el otro es el consenso que produce el diálogo, la dialéctica.

El punto al que hoy han llegado los estudios sobre las teorías de la argumentación jurídica se caracteriza por una gran variedad de diferentes aproximaciones entre sí en términos de teorización y razonamiento jurídico. Teniendo en cuenta la contribución que Atienza ha dado a la teoría de la argumentación jurídica, voy a aclarar en qué consiste mi aproximación a la argumentación para mostrar cómo se puede constituir una base teórica de resoluciones de conflictos jurídicos (Canale, 2017; Pino, 2013).

La lectura del caso será realizada siguiendo la dimensión pragma-dialéctica, inspirada en la teoría de van Eemeren y Grootendorst según los cuales el argumento produce

4 En el mismo sentido, Neumann (2010) afirma que “La actividad argumentativa del jurista está necesariamente en el trasfondo de un determinado concepto de derecho (...)” (p. 49).

5 Sobre el trasfondo de la lectura del caso se siente la deuda respecto de la perspectiva de Atienza en la perspectiva holística de la unión de los tres conceptos: formal, material y pragmático, a la cual hago continuamente referencia. Véase Atienza (2006).

“una actividad verbal, social y racional destinada a convencer a los ojos del auditorio o del lector la aceptabilidad de una posición contradictoria presentando una constelación de proposiciones destinadas a justificar o refutaresta posición ante un juez racional” (Van Eemeren y Grootendorst, 2004, p. 1).

Intentaré demostrar cómo esta definición de argumentación encuentra plena aceptación en la práctica jurídica que conduce a un momento de síntesis entre los fines dialécticos y retóricos. La argumentación jurídica, leída en clave pragma-dialéctica,, dependiendo del punto de vista que se mira el argumento, incluye necesariamente también un enfoque retórico dentro de las dinámicas del proceso judicial. Para poder comprender cómo ocurre esta inclusión será necesario aclarar algunos puntos firmes de la perspectiva pragma-dialéctica.

La pragma-dialéctica incluye un componente pragmático que traduce el discurso en un intercambio de actos lingüísticos (Austin, 1962; Searle, 1969) y un componente dialéctico en la medida en que este intercambio —en un intento metodológico— tenga como finalidad la resolución de una *difference of opinion*.

Es de esta definición estipulativa del argumento pragma-dialéctico que quiero partir para demostrar, mirando el caso práctico, la importancia del contexto y la investigación realizada por las partes en el proceso judicial para llegar a una conclusión que sea aceptada por un auditorio general.

La importancia del contexto se desprende ciertamente de la función que la utilización de un determinado tema tiene dentro de una forma de razonamiento dialéctico. Lo que se observa no es el argumento en sí porque, aunque aislado de un proceso de diálogo, este todavía no es definible como argumento, sino que sigue siendo un simple enunciado. Se convierte, en cambio, en un argumento solo en relación con su función dentro de un conjunto de reglas procesales y del discurso que permiten justificar o refutar una tesis (Van Eemeren y Grootendorst, 2004).

Un aspecto posterior implica en cambio el momento de la aceptación que sucede a raíz de la verificación de la motivación puesta bajo consideración de un auditorio multiforme compuesto, no solo por las partes interesadas, sino también por una más amplia comunidad jurídica indirectamente involucrada, sin olvidar a la opinión pública.

La pregunta que subyace en esta línea argumentativa es cómo argumentar constituye, a la manera de Atienza en su teoría de la argumentación jurídica, una actividad que se desarrolla *ex ante* y que se preocupa de fundamentar una decisión, no de analizarla o valorarla. Actividades estas últimas que se ubican en un momento posterior

de análisis de los diferentes elementos de la argumentación y de la relación entre los mismos, la primera, y de valoración del argumento como buena o no, la segunda.

El cómo argumentar, sin embargo, esconde una exigencia ambivalente en cuanto puede referirse tanto a cómo se debe argumentar a cómo de hecho se argumenta.

Para apreciar mejor esta diferencia, en el modelo pragma-dialéctico que propongo es necesario entender el punto de vista desde el que se entiende la argumentación jurídica.

Me refiero al punto de vista interno, de quienes participan en la actividad argumentativa (las partes, los abogados y el juez) y al punto de vista del observador externo (toda la comunidad jurídica y la opinión pública) (Atienza, 2013, p. 423). Este doble ángulo prospectivo es inherente a la perspectiva de una pragma-retórica que se refiere propiamente a la afirmación de cada abogado para convencer al juez, tanto a una pragma-dialéctica que conduce no a una mera persuasión del otro en cuanto a una aceptación por parte de la comunidad jurídica y de la opinión pública.

La pregunta que principalmente el observador externo se planteará es si con aquella decisión el juez habrá aplicado la regla de modo que las consecuencias de su aplicación realicen las finalidades y los valores subyacentes. Es decir, la exigencia del observador externo tendrá por objeto el cómo se debe argumentar, mientras que el operar estratégico de las partes implicadas dentro del proceso judicial responde a la pregunta: ¿cómo de hecho se argumenta?

La representación de una sentencia se produce *prima facie* —como se verá principalmente en el análisis del caso— desde la narración de la *questio facti*, que a través de todo el procedimiento judicial se reencuentra transformada, en la fase conclusiva, en forma de problema jurídico.

Es en este movimiento circular (Omaggio & Carlizzi, 2010), caracterizado por una metamorfosis del hecho, que se realiza el momento de síntesis entre los fines retóricos y dialécticos en una tensión, nunca plenamente definido, que reencuentra en las reglas de la argumentación jurídica constantemente su control y su verificabilidad.

Voy a tratar la desafortunada tendencia a entender las problemáticas jurídicas subyacentes al caso como si fueran aisladas del resto, creando efectos *framing* (Kahnemann, 2011). Intentaré, en cambio, transmitir el sentido de la complejidad de una argumentación jurídica, entendida como actividad, cuyo resultado, es decir, la decisión, no puede ser el fruto de un procedimiento de tipo asociativo sino el trabajo tenaz, sólido y razonado del juez⁶. La resolución de una controversia está dada por la investigación, realizada

6 Se trata de la diferencia entre dos modalidades de pensamiento que Kahnemann identifica en el sistema 1 y 2.

en forma conjunta y cooperativa por las partes implicadas, de una decisión ya contenida en determinadas premisas compartidas.

La lectura del caso en una aproximación pragma-dialéctico seguirá las fases dialécticas, así como estructuradas en la teoría sistemática de la argumentación propuesta por van Eemeren y Grootendorst⁷.

La primera operación es definir las características del “hecho”: se trata de una primera fase que podríamos definir de comparación en que las partes identifican sus demandas en relación con los acontecimientos. En una segunda fase de apertura o de institucionalización hay una referencia a las normas de procedimiento que abren la posibilidad de composición de un conflicto que por el contrario no habría encontrado ninguna aceptación.

En la tercera fase de la argumentación las respectivas partes exponen sus argumentos al juez, el cual las valorará plenamente dentro de la decisión solo en la última fase, la conclusiva.

Pues bien, si esta es la descomposición del proceso judicial en un sistema pragma-dialéctico — al referirme a la distinción que hacía al inicio sobre el ángulo prospectivo que observa la argumentación — se puede decir que las tres primeras fases pueden ser vistas desde el punto de vista interno, es decir, las partes implicadas, mientras que la última fase, la conclusiva, será apreciada por las consecuencias que una determinada decisión tenga en la comunidad jurídica y social. Esto sucederá en la medida en que la motivación de la decisión será sometida a verificación por parte del auditorio heterogéneo al cual se dirige.

El modelo argumentativo pragma-dialéctico demuestra en su aplicación práctica la necesidad de incluir también la retórica definida por Aristóteles (1990) como “la facultad de considerar en cada caso lo que sirve para persuadir, este objeto no lo comparte con ningún otro «arte», ya que cada una de las demás disciplinas abarca sólo la enseñanza y la persuasión sobre un objeto específico, como la medicina que trata sobre la salud y sobre la enfermedad, y la geometría sobre las propiedades de las magnitudes, y la aritmética sobre el número, y, de modo semejante, las restantes artes y ciencias; la Retórica se ocupa, por el contrario, de cualquier cosa dada, por así decirlo, parece que es capaz de considerar los medios persuasivos en general, por eso decimos que no limita su estudio a ningún género específico” (Aristóteles, 1990, 1355, b, 23-35).

⁷ La idea de un enfoque por etapas es típico de un enfoque pragmático de la argumentación y en sentido particular de la argumentación jurídica. Véase Atienza (2013, p. 367). A propósito de una estructura de fases y de tipo circular véase, también, Sternberg (1996), que en su texto de psicología cognitiva distingue siete fases de lo que llama “círculo de resolución de conflictos”.

Y no es precisamente la réplica apoyar tesis opuestas que son la base del sistema dialéctico? Esta definición aristotélica de la retórica inclusiva con fines dialécticos intrigaría, y al mismo tiempo corrobora, casi a la manera de una razón auxiliar, la tesis de la síntesis a la cual se inclina una aproximación pragma-dialéctico.

La consecuencia casi obligada es que el contenido o el “peso” de un derecho que afronta una “situación de la vida” podrá ser apreciado solo tomando en consideración las características de casos concretos y paradigmáticos en el que se evidencia una violación de esos derechos para el que se pide protección, o una comprensión de la autonomía, y solo a partir de estos se podrá intentar una reconstrucción provisional del concepto pertinente, con un movimiento no diferente a lo que Rawls llama equilibrio reflexivo. Parece evidente, por tanto, la importancia “estratégica” y no sólo estética, desarrollada por la narración y el análisis de la argumentación de los casos, en la implantación de un trabajo que se propone reafirmar constantemente el rol y la protección de los derechos fundamentales en las opciones jurídicas a través de una exégesis crítica de las motivaciones judiciales.

Derecho a nacer sano. El razonamiento del Pleno de la Corte de Casación⁸

Al definir las coordenadas a seguir para una correcta aplicación de la aproximación pragma-dialéctico a un caso concreto será necesario su desglose en las fases que — como ya se ha visto— componen el modelo.

Partiré de la primera fase de comparación que se refleja en la reconstrucción de los acontecimientos reales a fin de hacer posible una comprensión racional de la sentencia. El caso es sobre la argumentación judicial que no debe confundirse con su objeto, que se identifica en cambio en los problemas jurídicos (Lozada y Ricaurte, 2015) que del caso derivan y que afectan a la sucesiva fase de apertura.

Luego analizaré los fundamentos de la fase propiamente argumentativa animada por los argumentos y contraargumentos defendidos por las partes para llegar solo en un segundo momento a la fase conclusiva de la decisión del juez que no se traduce en términos de mera decisión autoritativa o de aceptación o denegación de las instancias planteadas, ya sea en una decisión racionalmente argumentada, como en “acto de poder racionalizado” (Lozada y Ricaurte, p. 315).

⁸ Corte de Casación, Pleno de la Corte, 22 diciembre 2015 n. 25767, Rel. Dott. Spirito.

El caso que he elegido es interesante no solo para las implicaciones éticas y jurídicas de la historia factual sino, sobre todo, porque me permite dirigirme plenamente a la eficacia del modelo pragma-dialéctico.

Una pareja se dirige a un ginecólogo para saber si el concebido estaba afectado por enfermedades graves que lo hagan discapacitado una vez nacido. Comunicarán al médico su intención de abortar en caso de que los exámenes, por desgracia, confirmasen la existencia de una malformación del feto. El médico se equivoca en el diagnóstico y tranquiliza a la pareja frente al estado de salud del concebido, de modo que el embarazo se lleve a término, pero el niño nace con síndrome de Down.

La cuestión relativa al daño por nacimiento indeseable, ampliamente tratado en los ordenamientos extranjeros⁹, ha registrado también en Italia diferentes opiniones jurisprudenciales que han encontrado una solución precisamente en virtud de los fallos del Pleno de la Corte que aquí se comenta.

Con la sentencia en examen del Pleno de la Corte de Casación fue llamada a dirimir una contradicción jurisprudencial con relación al daño por nacimiento no deseado que ha animado, no sin consecuencias, en los últimos años el debate teórico-jurisprudencial.

El razonamiento del Pleno de la Corte refleja la necesidad de tutela que los dos protagonistas de este doloroso asunto, la madre y el hijo, exigen en voz alta.

Y es a partir de sus instancias que el fallo se interroga sobre dos aspectos argumentativos: uno relativo a la carga probatoria y el otro a la legitimación del nacido a exigir el resarcimiento del daño.

Todo el sistema dialéctico, por tanto, en su aplicación al caso concreto se desarrolla siguiendo estos dos nudos problemáticos que subyacen al supuesto de hecho que, por su claridad expositiva, analizaré por separado: cada uno en su específico recorrido argumentativo.

Siguiendo la línea de la carga probatoria de la disputa entre las partes se realizará sobre los siguientes asuntos. La pareja de demandantes alega la conducta culposa del médico al omitir posteriores estudios más profundos que resulten complementarios a los primeros exámenes del diagnóstico; el médico, por su parte, reitera que los valores¹⁰ “no eran tales como para sospechar la presencia del síndrome de Down en el feto” y, por consiguiente, la carga de probar la voluntad abortiva en estas circunstancias debía atribuirse a la pareja.

⁹ Me refiero, por ejemplo, al conocido *Affaire Perruche*: en la Sesión Plenaria de la Corte de Casación francesa, con la decisión n. 99-13701 del 17 de noviembre de 2000, se había consagrado el derecho a nacer solo si se nacía sano. Con este fallo se dio comienzo a la llamada jurisprudencia Perruche, el nombre del pequeño Nicolas Perruche, nacido gravemente enfermo a causa de un error de diagnóstico.

¹⁰ De aquí en adelante todo lo que está entre comillas constituye el texto de la sentencia que se está comentando.

Estas circunstancias fácticas son subsumidas —bajo la dimensión formal— en la normativa de referencia que se encuentra en el art. 6 de la ley sobre el aborto (l. N.194 de 1978¹¹), el eje sobre el que se delinea toda la normativa. El contenido normativo del art. 6, cuya *ratio* está destinada a la tutela de la maternidad social (Giordano, 2018), “encuentra correspondencia axiológica en el principio constitucional de no equivalencia entre la salvación de la madre, ya persona, y la del embrión, cuya persona debe todavía ser (Tribunal Const., 18 de febrero de 1975, n.20)”. Los jueces, en un razonamiento fundado en normas y principios, afirman que, frente a la subsistencia de los requisitos normativos contemplados en el citado art. 6, la imposibilidad de la elección de la madre, a causa de la negligencia del médico configuraría como responsabilidad civil. El *thema probandum* está, pues, claramente constituido por un “hecho complejo” o “un acontecimiento compuesto por múltiples circunstancias y comportamientos proyectados en el tiempo: la anomalía del feto, la falta de información por parte del médico, el grave peligro para la salud psicofísica de la mujer, la elección abortiva de esta”.

No insignificantes me parecen sobre este punto las reflexiones realizadas por la Corte que encuentran plenitud en la fase de apertura de la argumentación jurídica.

El Pleno de la Corte, partiendo que de la prueba del hecho psíquico “no se puede proporcionar representación inmediata y directa (...)”, considera que la pareja puede cumplir la carga probatoria recurriendo a un razonamiento inductivo que “puede ser cumplido a través de la demostración de otras circunstancias, las cuales se puede razonablemente remontar, por vía inductiva, a la existencia del hecho psíquico que se trata de determinar” (fase argumentativa).

Si estas son las razones justificatorias, la cuestión de la carga de la prueba encuentra su resolución en la recepción por parte de los Jueces de casación del primer motivo con remisión a la Corte de Apelación de Florencia.

Por otro lado, el segundo aspecto argumentativo, es decir, el que se refiere a la legitimación para actuar del nacido malformado para el reconocimiento de un supuesto resarcimiento, representa una fase posterior de apertura que caracteriza al sistema pragma-dialéctico. Se trata de los daños causados por *wrongful life*¹².

11 El art. 6 de la ley n.194 de 1978 (“Normas para la protección social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo”) dispone: “La interrupción voluntaria del embarazo, tras los primeros noventa días, puede ser practicada:

a) Cuando el embarazo o el parto supongan un grave peligro para la vida de la mujer;

b) cuando estén establecidos procesos patológicos, entre ellos los relativos a importantes anomalías o malformaciones del feto, que supongan un grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer”.

12 La expresión nacida en los países del *common law* indica la vida no deseada, injustificada, de quien ha nacido malformado por omisión comprobada de diagnóstico, cuando la pretensión resarcitoria es presentada por el niño. Ella debe distinguirse de las hipótesis de *wrongful birth* y de *wrongful conception*. La primera se produce cuando son los padres quienes solicitan la reparación del daño en el caso del nacimiento de un hijo malformado; la segunda se produce cuando el niño

El Pleno de la Corte, al recorrer las dos orientaciones contrapuestas que se han sucedido antes del fallo del 2009, y luego del 2012, aclaran las razones a favor y/o en contra colocando los derechos en la fase argumentativa.

En el fallo de Casación del 2009¹³ se niega que el hecho de haber nacido malformado pueda constituir un daño, ya que no existiría en nuestro ordenamiento un derecho a no nacer. Razonando a contrario, en efecto, si el médico tuviese conocimiento de la enfermedad la alternativa no habría sido la curación sino el no nacimiento (ya que la madre hubiera abortado).

¿Es posible considerar un nacimiento un daño, aunque esté afectado por una patología? Diría Habermas (2002) que es precisamente este el caso en que la discapacidad configura “como si la minusvalía aparecida contra las expectativas de los médicos correspondiera a un delito de daños materiales” (p. 26) que ha empujado a los padres del pequeño a exigir una indemnización.

En sentido contrario, con el fallo del 2012, la Corte reconoce el derecho al resarcimiento del daño a favor del neonato malformado, pero esta pretensión se deriva de premisas y argumentos diferentes a los del 2009.

Alejándose del fallo del 2009, en el 2012¹⁴ la Corte Suprema, a fin de reconocer al feto la titularidad del derecho al resarcimiento por los daños patrimoniales o no, no considera necesario investigar sobre la existencia de una subjetividad jurídica en términos de “derecho al honor, a la reputación, a la identidad personal, sino a la idoneidad para ser titular de los derechos inviolables previstos en el art. 2 Const., vinculados a la naturaleza humana”. En este sentido, el fallo del 2012 pretende superar la dicotomía, reafirmada en el 2009, entre un derecho del feto a nacer sano y un derecho a no nacer. La existencia de estos dos derechos lleva consigo una contradicción en el razonamiento, como ya he dicho anteriormente, en lo que si así fuera, nos encontraremos, sugiere Travaglino, en una situación casi paradójica donde “por un lado, al considerarlo en fase prenatal, sujeto de derecho y por tanto, centro de imputación de algunos derechos, de la personalidad y patrimoniales —por hacer mención solo sí y en cuanto nacido—; por otra parte, reservándoles, al nacimiento un trato de no-persona, desconociendo sustancialmente los aspectos más íntimos y delicados de su existencia”.

En esta perspectiva, el concebido se considerará como objeto de tutela legitimado para hacer valer la lesión, “no al derecho a la vida, ni a nacer sano, ni mucho menos a

está sano, pero no es querido, en tanto concebido, por ejemplo, a pesar de una intervención de esterilización, fracasado por responsabilidad médica. (Cfr. Picker, 1995; Cayla y Thomas, 2002).

13 Corte de Casación n. 10741 del 2009, est. dott. Spagna Musso.

14 Corte de Casación n. 16754 del 2012, est. dott. Travaglino.

no nacer”; sino más simplemente la lesión a su derecho a la salud que se manifiesta y se convierte actual al momento del nacimiento.

Lo que más afecta, en esta breve comparación entre intérprete, legislador y jurisprudencia, es la importancia de cómo la elección de las premisas debidamente justificadas en la fase de apertura influye de modo diametralmente opuesto sobre la conclusión. En efecto, si la jurisprudencia del 2009 había “creado” un derecho a nacer (sí, no sano), el fallo posterior lo redefine como derecho imposible y absurdo si se considera desde el punto de vista ontológico, a partir de la evidente contradicción de atribuir a quien todavía no existe un derecho de ser. El punto de partida en esta posterior sentencia del 2012 es, por el contrario, el reconocer mucho más simplemente al niño una vez nacido un derecho a una existencia digna en nombre del cual dar curso a su tutela resarcitoria. Este punto de vista tiene que ser precisado por la Corte, no hay ningún juicio de valor¹⁵, sino simplemente la posibilidad de reconocer a un niño una vida menos compleja.

El Pleno de la Corte en el 2015, con el fin de resolver, alineado con los objetivos de la pragma-dialéctica, el contraste jurisprudencial encontrado en materia de resarcimiento del daño por nacimiento indeseable considera imprescindible examinar antes la naturaleza del derecho que se ha lesionado y sólo tras la relación de causalidad entre la conducta del médico y el daño. El derecho que se ha lesionado “teniendo en cuenta el natural relativismo de los conceptos jurídicos” puede encontrar protección sin incomodar la categoría de subjetividad jurídica, pero considerando al nacido objeto de tutela por parte del ordenamiento.

Si luego el reconocimiento de la legitimación activa del hijo discapacitado no encuentra un obstáculo insalvable en la anterioridad del hecho ilícito al nacimiento porque se puede ser “destinatarios de protección también sin ser sujetos dotados de capacidad jurídica en virtud del art. 1 c.c.”, ahora es necesario verificar la relación de causalidad entre la conducta del médico y el daño.

En cuanto al concepto de daño, la Corte observa que este es identificable en la vida misma y la ausencia de daño en la muerte del niño. “Y es aquí que la tesis admitida, *in subiecta materia*, incurre en una contradicción insuperable: desde el momento que el segundo término de comparación, en la comparación entre las dos situaciones alternativas, antes y después el ilícito, es la no vida, por interrupción del embarazo. Y la no

15 Sobre este punto Dworkin considera que la verdad de un valor moral no está determinada por una correspondencia con la realidad, no puede ser demostrada con los descubrimientos empíricos. “Los juicios de valor son verdaderos, cuando son verdaderos, no en virtud de una cierta correspondencia sino a la luz del argumento sustancial que puede ser producida a su favor. El reino de la moral es el reino de la argumentación, no de los hechos desnudos y crudos”. (Dworkin, 2011).

vida no puede ser un bien de la vida; por la contradicción que no lo permite. (...). No se puede pues hablar de un derecho a no nacer; esta no es una alternativa; y no ciertamente la de nacer sanos, una vez excluida la responsabilidad, comisiva o incluso omisiva, del médico en el daño del feto. Además, la condición misma del derecho es la vida del sujeto; (...).”

Me parece interesante este caso en que el modelo argumentativo de la sentencia del Pleno de la Corte demuestra la aplicación de la dimensión pragma-dialéctica no slo en su estructura en fases, sino también en el momento de síntesis entre los fines retóricos y dialécticos. En efecto, la conclusión a la que llega el Pleno de la Corte es fruto de un momento de síntesis entre el fallo del 2012 que comparte las premisas (el concebido es objeto de tutela) que hace, sin embargo, descender la consecuencia de una irreparabilidad del daño, como ocurrió en el precedente del 2009, sobre la cuestión de que el requisito del derecho es la vida.

Esto demuestra plenamente como el rol del juez es hacer justicia a través del derecho. Esto significa que el juez, dentro de un Estado constitucional, debe encontrar la solución justa bien argumentada dentro del derecho.

De esta forma se justifica (Schauer, 1991) como la igualdad entre el Derecho y la Vida constituye una premisa ideológica que implica una opción de valor. Se vislumbra en estas palabras cómo la operación valorativa de los jueces de casación no es más cuestión de hecho, sino de derecho, que podrá ser objeto del juicio de Casación y, como tal, incide en la esfera de juicio de la Corte.

Y entonces, a mi juicio, el método positivista es irrenunciable en la medida en que está dentro del derecho que el juez razona, sin embargo, resulta incompleta para la justificación, la cual necesita de un mínimo valorativo. Se trata de una opción valorativa para la cual tomando prestadas las palabras de Atienza (2013):

“ (...) el sometimiento de las razones jurídicas a las morales es una consecuencia de la unidad de la razón práctica, esto es, de que las razones morales sean las razones últimas de nuestros razonamientos prácticos”.(p. 286)

Una reflexión conclusiva

El modelo argumentativo de la Corte es estimulante porque nos acostumbra a analizar el caso, la especificidad del hecho y a reconstruir las complejas formas argumen-

tativas que demasiado a menudo pagan el precio de la diferencia existente entre las discusiones teóricas y los argumentos jurídicos efectivamente trabajado en la práctica.

Desde la argumentación jurídica desarrollada por los jueces de casación emerge ese operar estratégico “strategic manoeuvring” (Van Eemeren y Houtlosser, 1998, pp. 51-56) que permite mostrar cómo los jueces combinan los fines dialécticos y retóricos. El fin dialéctico de someter la argumentación a una prueba crítica y el fin retórico de convencer al auditorio. El objetivo del juez en su decisión es la de prevenir un conflicto entre estos efectos mediante una operación estratégica en que su posición (la elección) esté debidamente justificada en el derecho.

La decisión debe ser una reconstrucción racional en que se dé cuenta de cómo el fin retórico ha alcanzado un momento de síntesis con lo dialéctico y en qué medida el argumento cumple los requisitos de una contribución a una discusión racional.

Se hablaba al principio de este trabajo de complejidad de la argumentación en la medida en que el juez debe dar cuenta de todos los contraargumentos, en el sentido de que también después de haber proporcionado justificación al primer contraargumento podría ser planteada una nueva cuestión (test crítico) a la que dar respuesta y así sucesivamente.

La perspectiva pragma-dialéctica aplicada al caso concreto demuestra cómo la decisión pueda ser vista como parte de un debate donde existen interpretaciones divergentes que necesitan de una reacción debidamente justificada por parte del juez. Este modelo permite, por un lado, reconstruir los elementos argumentativos necesarios para una buena justificación y, por otra, ofrece una oportunidad, a través del contradictorio, de hacer emerger los elementos sometidos a crítica. En este sentido, podrán coincidir las necesidades de unir las teorías del razonamiento jurídico con la práctica efectiva. Los conflictos bioéticos se prestan a la aplicación de un enfoque pragma-dialéctico, en los que testimonian la posibilidad de hacer justicia en derecho, como lugar de composición de conflictos entre valores e intereses en conflicto.

Se comprobó, en efecto, desde el análisis del fallo, cómo el derecho no puede sustraerse a este rol de mediación. Sin embargo, su capacidad de regulación será puesta a dura prueba. Desde esta óptica, la posibilidad de mediar la tensión propia de las cuestiones bioéticas corre el riesgo de transformar la justicia en arbitrariedad y la tutela de los derechos fundamentales en la prevaricación del Estado. Cuando el legislador crea un derecho rígido que se impone desde arriba, se crean contradicciones e incoherencias normativas que llevan a las personas a tomar decisiones arriesgadas para la vida (piénsese, por citar solo un ejemplo, en la incoherencia de la ley italiana que permite recurrir

a un aborto terapéutico, pero no al diagnóstico de pre-implantación), cuando debería existir la certeza jurídica.

El Pleno de la Corte de Casación, por ejemplo, habría podido concluir en su fallo la negación del derecho al resarcimiento por el daño ocasionado al hijo, argumentando en función de la ausencia de una disposición normativa que regule el derecho a no nacer, siguiendo un formalismo interpretativo (Schauer, 1991). Por el contrario, elige la necesidad de justificar a través de una opción valorativa, considerando que el presupuesto del derecho es la vida no puede reconocerse un derecho al resarcimiento del daño en favor del recién nacido.

El derecho, como *auctoritas*, dotado de fuerza legitimadora (Wróblewski, 1992) corre el riesgo de ser inadecuado si se atribuye a la ley el poder de dirigir a las personas hacia determinados comportamientos morales. No se afirma que la existencia de “criterios fijos” implique necesariamente certeza del derecho; más bien, incluso cuando hay taxonomías y clasificaciones que enmarcan algunos casos, el derecho muestra su vulnerabilidad. Son numerosos los ejemplos en que la presencia de un dato normativo¹⁶ “de mallas estrechas” no resulta determinante de una cuestión, más bien, genera contradicciones e incoherencias. Entonces derecho no es solo definir la regla; derecho, mediante el *claiming*, es también detenerse en el momento de valoración de la práctica argumentativa¹⁷ para comprobar si hubo o no la violación del derecho fundamental. Y en esto encuentro la insuficiencia de las categorías iuspositivistas: si el esquema bioético dependiese de un criterio fijo esto implicaría una imposición desde arriba, por lo tanto, sería autoritaria en detrimento de una legitimación democrática de los cambiantes contextos de referencia que encuentran su control en el momento justificativo.

Se trataría de una especie de positivismo ético¹⁸ que conduce a la imposición de la autoridad de los valores en detrimento de un debate que necesita ser racionalmente

16 Un ejemplo sobre todos es la incoherencia de la Ley n. 40/2004 “Normas en materia de procreación médicamente asistida” destrozada a golpes de jurisprudencia (antes con la sentencia del Tribunal Constitucional n. 151 del 8 de mayo de 2009 y luego con la sentencia del Tribunal Constitucional n. 162 de 2014).

17 “La naturaleza misma del argumento y la deliberación se opone a la necesidad y a la evidencia, porque no se delibera dónde la solución es necesaria, ni se argumenta contra la evidencia.” (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989).

18 “(...) Existen dos versiones fundamentales, y entre ellas netamente diferenciadas de positivismo ético (aspecto ideológico del iuspositivismo): la versión que podemos llamar “extremista” o “fuerte” y lo que podemos llamar “moderada” o “débil”. La versión extremista es (...) propia (...) los adversarios del positivismo jurídico: ella es, sobre todo, un cómodo objetivo, una “cabeza de turco”, que los antipositivistas crearon para poder conducir más fácilmente su polémica (...) La versión moderada del positivismo ético afirma que el derecho tiene un valor en cuanto tal, independientemente de su contenido. (...) Para el positivismo ético el derecho tiene siempre un valor, pero mientras para su versión extremista se trata de un valor final, para la moderada se trata de un valor instrumental”. (Bobbio, 1979, p. 274)

motivado. La consecuencia de esta actitud no puede ser otra que la clausura de un Estado frente al “politeísmo de valores”¹⁹.

Lo que he intentado mostrar, mediante el análisis de una sentencia de la Corte de Casación sobre temas “éticamente sensibles”, puede ser expresado con las palabras de la Corte Constitucional (2010) italiana:

La jurisprudencia constitucional ha repetidamente puesto el acento sobre los límites que la discrecionalidad legislativa ponen a las adquisiciones científicas y experimentales, que están en continua evolución y sobre las cuales se basa el arte médico; de modo que, en materia de práctica terapéutica, la norma de fondo debe ser la autonomía y la responsabilidad del médico que, con el consentimiento del paciente obra las necesarias opciones profesionales. (Sentencia n.151 del 5 mayo de 2010)

La elección de la metodología pragma-dialéctica del *case law* me lleva a una reflexión final sobre una posible función mediadora, diría dialéctica, precisamente, entre el derecho y la vida (Rodotà, 2006).

Cuando se trata de derechos que afectan la esfera de la vida el derecho debería evitar replegarse sobre la abstracción, y optar, en cambio, por hacer posibles análisis caso por caso de los derechos y los valores en juego, para dejar un espacio al juez que más propiamente se encuentra frente al hecho de la vida.

Esto no significa que el juez no se alimente de la certeza de los contornos de la ley, pero que el caso, en su imprevisibilidad, encuentra un límite en el derecho (Irti, 2014, p. 36). Ambos momentos, el legislativo y el judicial, se sitúan en la actividad de ese procedimiento circular propio de la pragma-dialéctica en la continuidad de un proceso de pensamiento.

Traducción del italiano de Pamela Juliana Aguirre Castro
(PhD, Directora Académica de la Facultad de Derecho de la UEES)

¹⁹ “El carácter liberal de los ordenamientos contemporáneos hace inadmisibles (...) una solución de este tipo. (...) A un Estado que no quiera renunciar al propio “estatuto de liberalidad” (...) no le queda otra solución si no la de tomar en serio el “politeísmo de valores” que caracteriza a la comunidad que pretende gobernar (...) no limitándose a neutralizar el conflicto a través de la decisión soberana sino apuntando a utilizar, valorándolas, los “recursos éticos” que provienen de la sociedad civil”. (Cfr. Cavaliere, 2011, p.161)

Referencias

- Aarnio, A., Alexy, R., y Peczenik, A. (1981). The Foundation of Legal Reasoning. *Rechts-theorie*, 12, 133-158.
- Abignente, A. (2014). Verità e responsabilità nell'argomentazione giuridica dei valori. *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 19-36.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aristóteles, (1990). *Retórica*. Madrid: Gredos
- Atienza, M. (2006). *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona: Editorial Ariel
- (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta
- (2018). Siete tesis sobre el activismo judicial. Blog Mirada de Peitho. Recuperado de <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/>
- Austin, J.L. (1987). *How to do things with words?* Michigan: Clarendon Press.
- Barak, A. (1989). *Judicial discretion*. New Haven: Yale University Press.
- (2003). La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l'amministrazione della giustizia. *Politica del diritto*, 1, 3-18.
- Bobbio, N. (1979). *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli.
- Canale, D. (2017). *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*. Roma-Bari: Laterza.
- Cayla, O., y Thomas, Y. (2002). *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*. Paris: Éditions Gallimard.
- Cavaliere, A. (2011). *Letica della vita come posta in gioco della secolarizzazione*. En A. Catania y F. Mancuso (Eds.), *Natura e artificio. Norme, corpi, soggetti tra diritto e politica*. Milano-Udine: Mimesis Edizioni.
- Cricenti, G. (2017). *I giudici e la bioetica*. Roma: Carocci.
- Damele, G. (2006). Dialettica, retorica e argomentazione giuridica. *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica.*, 115-136.
- De Luca Tamajo, R. (2016). Il ruolo della giurisprudenza nel diritto del lavoro: luci ed ombre di una attitudine creativa. *Lavoro e diritto*, 4, 813-822.
- Dworkin, R. (2011). *Justice of Hedgehogs*. Harvard: Harvard University Press
- Fassò, G. (2006). *Storia della filosofia del diritto - vol. III. Ottocento e Novecento*. Roma-Bari: Laterza.

- Ferrajoli, L. (2016). Contro la giurisprudenza creativa. *Questione giustizia*, 4, 13-32.
- Feteris, E.T. (2007). La ricostruzione razionale dell'argomentazione teleologica-consequenzialista nella giustificazione delle decisioni giudiziali: una prospettiva pragma-dialettica. *Ragion pratica*, 2, 537-548.
- Giordano, V. (2018). Maternidad subrogada. Una mirada al caso colombiano. En M. Colucciello, G. D'Angelo, R. Minervini (Eds.), *Ensayos Americanas* (pp. 629-643). Bogotá: Penguin Random House Grupo Editorial.
- Habermas, J. (2002). El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?? Barcelona: Paidós Ibérica
- Irti, N. (2014). La crisi della fattispecie, *Rivista di diritto processuale civile*, 69, 36-44.
- Kahneman, D. (2011). *Thinking, Fast and Slow*. Londra: Macmillan publishers.
- Lipari, N. (2016). Dottrina e giurisprudenza quali fonte integrate del diritto. *Jus civile*, 4, 295-305.
- Lozada, A., Ricaurte, C. (2015). *Manual de argumentación constitucional. Propuesta de un metodo*. Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
- Neumann, U. (2010). Teoria dell'argomentazione giuridica. *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 15(1), 49-70.
- Omaggio, V., y Carlizzi, G. (2010). *Ermeneutica e interpretazione giuridica*. Torino: Giappichelli.
- Perelman, C., y Olbrechts-Tyteca, L. (1989). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos.
- Picker, E. (1995). *Schadenersatz für das unerwünschte eigene Leben «Wrongful life»*. Tübingen: J.C.B. Mohr.
- Pino, G. (2013). *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*. Lima: Palestra Editores.
- Rodotà, S. (2006). *La vita e le regole*. Milano: Feltrinelli.
- Searle J.R. (1969). *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press.
- Sternberg, R. J. (1996). *Cognitive psychology*. Orlando: Harcourt.
- Van Eemeren, F.H., Grootendorst, R. (2004). *A systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Van Eemeren, F.H., y Houtlosser, P. (1998). Rhetorical Rationales for Dialectical Moves: Justifying Pragma-dialectical Reconstructions. En J.F. Klumpp (Ed.), *Argument in a Time of Change. Definitions, Frameworks, and Critiques, Proceedings of the Tenth NCA/AFA Conference on Argumentation*. Annandale VA: National communication Association.
- Wróblewski, J. (1992). *The Judicial Application of Law*. Z Bankowski y N. MacCormick (Eds.). Dordrecht: Kluwer.

