

## **Capítulo II. Los orígenes y el retorno a la teoría de la argumentación**

### **I. Introducción**

Este capítulo plantea que la práctica jurídica siempre ha sido argumentativa y recuerda que la teoría de la argumentación tiene sus raíces en la antigüedad. En los inicios de la modernidad, la identificación entre conocimiento y ciencia, llevó a sostener que todo saber para ser validado, debe constituirse como ciencia y construir un método riguroso para estudiar su objeto. Eso explica las distintas tentativas de los juristas de construir una ciencia del derecho y dotarla de un método adecuado para alcanzar verdad y corrección -que hemos revisado- y el olvido completo del interés por la argumentación. Pero, a mediados del siglo XX se produce un cambio de orientación, que supone abandonar esa aspiración y replantear la actividad de los juristas como una práctica argumentativa. Es lo que hacen los llamados "precursores" cuyos aportes hicieron que a fines de la década del setenta se pueda considerar consolidada una teoría de la argumentación jurídica.

Las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica que concitan el interés de dogmáticos, jueces, abogados, y fiscales desde hace casi cuarenta años de la publicación de sus obras más importantes -"Teoría de la Argumentación Jurídica: Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica" del alemán Robert Alexy y "Legal Reasoning and Legal Theory" del escocés Neil Mac Cormick fueron ambas publicadas en 1978- se caracterizan por desentenderse del contexto de búsqueda o descubrimiento de solución para los problemas jurídicos y centrarse en la cuestión de la justificación de las decisiones, a la vez que por un fuerte escepticismo respecto de la lógica deductiva para dar cuenta cabal del razonamiento jurídico.

Esa actitud les lleva a explorar y redescubrir las posibilidades de la tópica y la retórica clásicas; que la antigüedad, edad media y renacimiento tuvieron presente pero fueron dejadas de lado en la modernidad por su confianza ilimitada en la razón y el método científico. Durante los siglos XVII, XVIII, XIX y hasta mediados del siglo XX la tópica y la retórica fueron literalmente olvidadas y fue recién a mediados del siglo XX, finalizada la segunda guerra mundial, que resurgió con fuerza la tradición tópica y retórica, la cual se mantiene hasta la actualidad.

En el ámbito de la teoría del derecho contemporánea los primeros en retomar la tradición tópica y retórica son el alemán Theodor Viehweg (1907 - 1988) y el belga de origen polaco Chaim Perelman (1912 – 1984). En cambio, el inglés Stephen Toulmin, también considerado precursor de las teorías de la argumentación jurídica

contemporáneas, si bien comparte el escepticismo respecto de las posibilidades de la lógica deductiva, no se orienta hacia la tradición clásica.

Nos proponemos presentar un breve esquema del pensamiento de Aristóteles, como máximo exponente teórico de la tópica y retórica clásicas. Luego abordaremos las claves del pensamiento de quienes son calificados como precursores de las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica: Viehweg, Perelman y Toulmin.

## I. Aristóteles.

Los griegos practicaron intensamente la discusión sobre todos los tópicos de la vida y en particular, la vida pública o ciudadana. Aristóteles aparece como el primero que se ocupó en teorizar sobre esa actividad discursiva y de su amplísima obra, reunida por compiladores muy posteriores, interesan particularmente dos trabajos: el que versa sobre los "Tópicos" que es uno de los seis tratados que integran la compilación denominada *Organon*, que dataría del período en que Aristóteles dejó la Academia y partió de Atenas a residir en Tracia y en Macedonia, y otra obra conocida como "Retórica", que data de un período posterior, correspondiente a su segunda residencia en Atenas.

En los tratados que componen el *Organon*, el filósofo propone distinguir cuatro tipos de razonamientos: a) el "*demostrativo*" que parte de "*cosas verdaderas y primordiales*", entendiendo que "*son verdaderas y primordiales las cosas que tienen credibilidad, no por otras, sino por sí mismas*"; b) el "*dialéctico*" que parte de cosas "*plausibles*" ("*endoxa*"), aclarando que "*son cosas plausibles las que parecen bien a todos, o la mayoría o a los sabios, y, entre estos últimos, a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos y reputados*"; c) el "*erístico*" que parte de cosas que "*parecen plausibles pero no lo son*"; y d) el "*desviado*" que parte de cosas que no son verdaderas, porque lo hace "*a partir de cuestiones concernientes exclusivamente a algunos conocimientos*" (Aristoteles, *Organon*:90,91).

De modo que hay ciertas cuestiones en las que, por carecer de verdades o certezas absolutas que puedan tomarse como punto de partida para llegar a una conclusión verdadera, sólo se puede pretender alcanzar un acuerdo dialéctico mediante la discusión e intercambio de argumentos plausibles, verosímiles, probables que permitan arribar a una solución que resulte respaldada por alguna forma de consenso o de sentido común. La finalidad de los tópicos es "encontrar un método por el cual seamos capaces de argumentar acerca de cualquier problema propuesto,

partiendo de premisas plausibles, sin contradecirnos en el curso de la discusión. El silogismo dialéctico difiere del silogismo demostrativo por la naturaleza de sus premisas: no son verdades sino verdades muy probables u opiniones compartidas.

El punto de partida de la dialéctica es un problema a discutir y de lo que se trata es de encontrar las premisas que puedan emplearse para tratar de resolverlo construyendo ese tipo de silogismos dialécticos. Esas premisas se buscan explorando los tópicos. Los tópicos aparecen como *lugares* para encontrar argumentos plausibles ("premisas tópicas") y se relacionan con lo que se puede afirmar o predicar de alguna cosa que, para Aristóteles, son de cuatro tipos: a) la "definición", b) lo "propio", c) el "género", y d) el "accidente".

P.ej. si hablamos sobre el caballo de Pericles (el ejemplo intenta ser didáctico y no es del maestro griego) se puede decir que: a) es un caballo; b) tiene cuatro patas y es ágil y veloz; c) es un animal; y d) está lujosamente ataviado.

*"Definición es un enunciado que significa el qué es ser. O bien se da como explicación un enunciado en lugar de un nombre, o bien un enunciado en lugar de otro: en efecto, es posible definir algunas de las cosas ya expresadas por un enunciado"* (Aristoteles, Organon:95).

*"Propio es lo que no indica el qué es ser, pero se da solo en tal objeto y puede intercambiarse con él en la predicación"* (Aristoteles, Organon:96).

*"Género es lo que se predica, dentro del qué es acerca de varias cosas que difieren en especie"* (Aristoteles, Organon:97).

*"Accidente es lo que no es ninguna de esas cosas: ni definición, ni propio, ni género, pero se da en un objeto: y también lo que puede darse y no darse en una misma cosa"* (Aristoteles, Organon:97).

Un razonamiento dialéctico hará lo siguiente: 1) "tomar las proposiciones", esto es, buscar todos los argumentos plausibles, todos los tópicos, los semejantes y los contrarios; 2) "poder distinguir de cuantas maneras se dice cada cosa"; 3) "encontrar las diferencias" dentro del mismo género" y 4) "observación de lo semejante" en cosas de géneros distintos (Aristoteles, Organon:118).

En la otra obra, Aristóteles define a la Retórica como "la facultad de considerar en cada caso lo que puede ser convincente", "sobre cualquier cosa dada" (Aristoteles, Retorica:52), y aclara su relación con la dialéctica cuando, al iniciar la obra, señala que

*“la retórica es contrapartida de la dialéctica, ya que refieren a determinadas cuestiones cuyo conocimiento es, en cierto sentido, común a todos y no propio de una ciencia definida. Por tal motivo todos participan también en cierto sentido en ambas. Y es que todos en alguna medida procuran poner a prueba y sostener un aserto, así como defenderse y acusar”* (Aristoteles, Retorica:45). *La retórica pretende que se llegue a una decisión* (Aristoteles, Retorica:59).

Esto es, dialéctica y retórica comparten un ámbito de cuestiones pero difieren en su fin práctico, mientras que la dialéctica se preocupa por la corrección del razonamiento -una forma de deliberación para llegar a un acuerdo plausible- la retórica tiende a convencer o persuadir a los demás y, en ese sentido, es un arte. Ambas se complementan, quien las domine poseerá dos habilidades complementarias: dialéctica, tónica y retórica conforman en Aristóteles, un entramado inescindible.

Presentando esta obra, ha dicho W.D.Ross, prestigioso investigador escocés de la obra del filósofo griego: *“Los griegos eran una raza con espíritu político y litigioso y las artes de la palabra eran para ellos un medio tan útil para adquirir influencia como lo son en una democracia moderna; por otra parte, su curiosidad intelectual, sin cesar en vigilia, hizo que aplicaran a la teoría del arte oratorio más atención que la que se presta en las sociedades modernas, donde la práctica de este arte no es menos importante”* (Ross:384)

Según Aristóteles, en el discurso retórico se implican tres factores: a) *“quién habla”* (“orador”); c) *“de qué habla”* (“discurso”); y b) *“para quién”* “quien determina su objetivo” (“oyente”) (Aristoteles, Retorica:63).

La posibilidad de convencer o persuadir depende no sólo del propio discurso sino del *“comportamiento del que habla”* y de que este logre *“poner al oyente en una determinada disposición”* favorable a la tesis del orador (Aristoteles, Retorica:53). En asuntos en los que no hay exactitud sino duda, damos más crédito y de manera más rápida a las personas moderadas. Los estados de ánimo influyen en las decisiones que tomamos, por ejemplo, no tomamos las mismas decisiones afligidos que alegres (Aristoteles, Retorica:54).

A su vez, distingue entre tres tipos o géneros de discursos retóricos: *“deliberativo”* dirigido a aconsejar o disuadir sobre alguna acción; *el “judicial”* que apunta a acusar o defender y el *“epidíctico”* cuyo objetivo es la censura o la alabanza.

La deliberación mira al futuro y a tomar decisiones que afectan a la comunidad; el discurso judicial refiere al pasado, acusa o defiende en base a hechos ocurridos; y el epidíctico refiere al presente y alaba o reprueba acontecimientos actuales.

La Retórica está pensada como un manual para aprender el arte de discutir para convencer o persuadir y allí el maestro brinda indicaciones para los distintos tipos de discurso.

Haciendo referencia al discurso forense, enseña que: *“es evidente que en caso de que la ley escrita sea contraria a nuestro caso, hay que recurrir a la general o a lo razonable, como mejores elementos de juicio”, “acudiremos también a que es lo justo, (...) de forma que la escrita no es ley, porque no sirve como ley”, “O quizá que la ley es contradictoria con otra ley que goza de alta consideración o consigo misma.”, “O si es ambigua, como para que pueda dársele la vuelta y ver por qué camino se adapta mejor a lo justo o a lo conveniente y usemos de ella en tal sentido. Y si las condiciones en que se promulgó la ley ya no subsisten, pero sí la propia ley, hay que intentar ponerlo de manifiesto y luchar así contra ley. En cambio, en caso de que la ley sea favorable al caso hay que decir que lo de “con el mejor criterio” no sirve para juzgar contra la ley, sino para que no constituya perjuicio el desconocimiento de lo que preceptúa la ley”* (Aristóteles Retórica: 130-131).

## **II. Theodor Viehweg. Tópica y Jurisprudencia.**

Esta obra del Profesor de la Universidad de Maguncia Theodor Viehweg, Tópica y Jurisprudencia, data de 1953 y como destaca Atienza (Atienza:67), desató la polémica acerca del método jurídico en los países de Europa Continental.

Los antecedentes directos de este trabajo, según el autor, son la Tópica de Aristóteles (384 – 322 AC), la Tópica de Cicerón (106 - 46 AC) y los estudios de Giambattista Vico (1668-1744) sobre el método retórico y el nuevo método crítico (cartesiano). Viehweg dedica el Capítulo I a relevar el pensamiento del último (Giambattista Vico), y el capítulo II a Aristóteles (punto I) y Cicerón (punto II).

De la tónica de Cicerón -pensada para el jurista Tebacio Testa quien, interesado en la Tónica de Aristóteles, pidió a Cicerón que la hiciera más comprensible- destaca la distinción entre la *“invención”* y la *“formación del juicio”*. La invención precede a la formación del juicio y de acuerdo a Cicerón *“si queremos profundizar en una materia cualquiera, tenemos que conocer sus tópicos pues así*

*llama Aristóteles a los "lugares"... de donde se extrae el material para la demostración"* (Viehweg:41).

De Vico destaca la distinción entre los métodos, *el "antiguo" o "retórico"* (tópico) y *el "nuevo" o "crítico"* (cartesiano). Mientras que el antiguo tiene por punto de partida el sentido común, lo verosímil, e intercambia puntos de vista, el segundo tiene por punto de partida una primera verdad y desarrolla largas deducciones en cadena. El viejo método nos enseña a examinar un problema o un estado de cosas desde ángulos muy diferentes y a encontrar una trama de puntos de vista (Viehweg:27).

Viehweg se centra en la tónica y examina su relación con la jurisprudencia (con la teoría y práctica del derecho). Siguiendo al filósofo alemán Nicolai Hartmann (1882-1950) contrapone el razonamiento "sistemático" al razonamiento "problemático".

El sistema, entendido como sistema axiomático deductivo es considerado, prototipo del sistema perfecto: allí *"la proposición usada como premisa puede ser reconducida a otra, y por último a una proposición central o nuclea, o bien al revés..."* (Viehweg:62).

El problema es *"toda cuestión que aparentemente admite más de una respuesta y que requiere necesariamente de un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución"*(Viehweg:27). Un concepto importante en su obra y vinculado con el anterior es el de *"aporía"*. Viehweg define el término *"aporía"* como *"una cuestión que es acuciante e ineludible, "la falta de un camino", "la situación de un problema que no es posible apartar"* (Viehweg:49).

Mientras que en el razonamiento sistemático el acento está puesto en el sistema y para resolver un problema se toma el sistema como punto de partida, mientras que en el razonamiento problemático el acento está puesto en el problema y es el problema el punto de partida para reflexionar (Viehweg:50-51).

El razonamiento sistemático soluciona los problemas si logra "inordinarlos" en el sistema y si no lo permite, no puede darles solución. En otras palabras, califica los problemas como solubles o insolubles, y podría desechar estos últimos como problemas aparentes.

El razonamiento problemático al partir del problema, tiene que generar un sistema que permita encontrarle solución. El problema se "inordina" en un sistema

para encontrarle una solución, pero ese sistema ha sido construido seleccionando premisas desde la perspectiva dada por el propio problema, que "busca de cierto modo, un sistema que coadyuve a su solución" (García Amado:164).

El razonamiento jurídico de acuerdo a Viehweg es problemático, parte del problema, del caso concreto que necesita una solución. No es posible entender al razonamiento jurídico como sistemático habida cuenta de que en el derecho, no existe ni nunca ha existido, en rigor, un sistema del tipo axiomático lógico deductivo.

La "tópica" o "arte de la invención" *"pretende suministrar datos para saber cómo debemos comportarnos en una situación semejante a fin de no quedar detenido sin remisión"*, es la *"técnica del pensamiento problemático"*, *"es la técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema"*, *"es un procedimiento de búsqueda de premisas"* (Viehweg:58).

Dice Viehweg -citando a Zielinski respecto de la tópica- que se trata del *"arte de tener presentes en cada situación vital las razones que recomiendan y las que desaconsejan dar un determinado paso bien entendido, en ambos sentidos, tanto las razones a favor como las razones en contra"* (Viehweg:50).

La tópica busca *"tópicos"* o sea puntos de vista pasibles de ser utilizados como premisas del razonamiento jurídico. *"La función de los tópicos... consiste en servir a la discusión de problemas... reciben a su vez su sentido desde el problema. Su ordenación respecto de éste es siempre esencial para ellos. A la vista de cada problema aparecen como adecuados o inadecuados conforme a un entendimiento que no es nunca absolutamente inmodificable. Tienen que ser entendidos de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento"* (Viehweg:53, 57).

Viehweg destaca que los tópicos resultan fundamentales no sólo para encontrar una solución para el problema sino para su propia comprensión, para su "entendimiento" ¿Cómo? Mostrándonos los aspectos del problema que merecen una mayor reflexión, mayor profundidad de análisis (Viehweg:60).

Advierte que el repertorio de tópicos es *"elástico, puede agrandarse o empequeñecerse"*, un punto de vista que en cierto momento era inadmisibile puede pasar a serlo (pasa a ser "aceptable") y por contrario, un punto de vista que en determinado momento era admisible, puede luego dejar de serlo (pasar a ser "inaceptable").

¿De dónde emana la legitimidad de los tópicos? Ellos se legitiman “por la aceptación del interlocutor” (Viehweg:61), “el debate es la única instancia de control: la discusión de problemas se mantiene dentro del círculo de lo que Aristóteles llamaba dialéctica. Lo que en la disputa ha quedado probado en virtud de la aceptación, es admisible como premisa”.

Es la función de la tópica la que manifiesta su importancia y ella “ha de ser muy especial en aquellos círculos de problemas en cuya naturaleza está no perder nunca el carácter de problemático” (Viehweg:56).

El pensamiento tópico ante un problema dado puede salir a la búsqueda de los tópicos que iluminen su resolución uno por uno, o recurrir a repertorios o catálogos de tópicos ya preparados de antemano (esto da lugar a la distinción entre tópica de primer grado y tópica de segundo grado).

La aporía del derecho es “que es lo justo aquí y ahora”.

De acuerdo a Viehweg el razonamiento jurídico tiene por finalidad el encuentro de una solución justa para cada caso concreto y en razón de tal la tópica es la técnica más adecuada.

El momento pre-lógico es el momento de la búsqueda de las premisas, en el cual opera la tópica.

El momento lógico, es el momento de derivar la conclusión de las premisas. La lógica recibe las premisas que encuentra la tópica y extraer de ellas la conclusión (Viehweg:58).

En el caso del pensamiento jurídico el foco de atención está en el momento pre-lógico, en el momento de la búsqueda de las premisas o “tópicos”. En este momento opera la “tópica” (1). La propuesta de Viehweg ha tenido muchos seguidores y también duros críticos (Atienza: García Amado: 161).

---

<sup>1</sup> Entre nosotros, el estudio de la tópica como forma de comprender el razonamiento de los juristas fue introducida por el Catedrático Hugo Malherbe. Una referencia al tema puede verse dos artículos de la Dra. Alicia Castro "Pensamiento sistemático y pensamiento problemático en la filosofía del derecho uruguayo: Vaz Ferreira" y del Dr. Oscar Sarlo "Pensamiento problemático y pensamiento sistemáticos en Hugo Malherbe" en Pensar por Sistemas y por Problemas en la Iusfilosofía Uruguaya y otros ensayos en homenaje al Profesor Hugo Malherbe, Montevideo, FCU, 2004. Repercusiones de esa propuesta pueden verse en trabajos de los Prof. Santiago



### III. Chaim Perelman Tratado de la Argumentación. La nueva retórica.

En el capítulo introductorio de esa obra, escrita con colaboración de Lucie Olbrechts Tyteka, se determina el objeto de la teoría como *“el estudio de las técnicas discursivas que permiten provocar o aumentar la adhesión de las personas a las tesis presentadas para su asentimiento”* (Perelman:34).

Se refiere tanto a las técnicas de la argumentación oral como las de la argumentación escrita; de la argumentación en general, cualquiera sea el auditorio al que va dirigida. Se separa así del enfoque de la antigüedad, cuyo interés radicaba en la argumentación oral dirigida a un auditorio sin conocimiento sobre la temática de referencia (Perelman:37).

El objeto de su teoría se explica a la luz de lo que entiende es el propósito de cualquier actividad de argumentación: *“provocar o acrecentar la adhesión del auditorio a las tesis que presenta el orador”* (Perelman:34).

Lo cual, según Atienza, permite señalar que:

1. Toda argumentación implica la existencia de al menos tres elementos:

a) el orador, que es quien sostiene ciertas tesis y busca lograr la adhesión de su auditorio por medio del discurso.

b) el discurso, que es el único medio con el que se cuenta para presentar las tesis y lograr la adhesión del auditorio..

c) el auditorio, que es aquél o aquellos a quienes se dirige el discurso y cuya adhesión se pretende conseguir.

2. La finalidad de toda argumentación es precisamente, lograr la adhesión del auditorio a ciertas tesis que se le presentan.

3. Existen técnicas para llevar adelante esta tarea de manera exitosa y ese es el objeto de estudio de la teoría de la argumentación.

Bajo el título *“Los límites de la argumentación”* Perelman analiza cuestiones básicas y al mismo tiempo fundamentales de su propuesta teórica, tales como ciertos

---

Carnelli, A.Caumont y A.Mariño publicados en el Anuario de Derecho Civil Uruguayo tomos XXX y XXXI

"presupuestos de la argumentación" (*"el contacto intelectual"*), la noción de auditorio (*"el orador y su auditorio"*), los requisitos de una argumentación persuasiva efectiva (*"el auditorio como construcción del orador"*), la distinción entre una argumentación dirigida a persuadir y una dirigida a convencer (*"persuadir y convencer"*) y finalmente el concepto de auditorio universal (*"el auditorio universal"*).

Sintetizando su exposición, vemos que para que pueda haber argumentación es necesaria una comunidad efectiva entre las personas (Perelman:48) y la formación de esa comunidad exige algunos presupuestos:

1. Que el orador atribuya valor a la adhesión del auditorio (Perelman:50).
2. Que el auditorio esté dispuesto a prestar atención al orador (Perelman:53).
3. Que haya un lenguaje común que permita la comunicación (Perelman:49).

Desde el punto de vista retórico, el auditorio es definido *"como el conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación (discurso)"* y Perelman agrega que *"Todo orador piensa de manera más o menos consciente, en aquellos a los que intenta persuadir y que constituyen el auditorio al que se dirigen sus discursos"*.

De manera que *"El auditorio siempre es una construcción más o menos sistematizada"* (Perelman:55) y el orador debe *"concebir al presunto auditorio lo más cerca posible de la realidad"* (Perelman:57) porque *"Para quien pretende persuadir efectivamente a individuos concretos, lo importante es que la construcción del auditorio sea la adecuada para la ocasión"*. *"Al auditorio, en efecto le corresponde el papel más importante para determinar la calidad de la argumentación y el comportamiento de los oradores"* (Perelman:62).

Eso significa que quien se propone persuadir a individuos concretos debe:

1) intentar conocerlos lo mejor posible y, en función de ese conocimiento, construir el discurso. El conocimiento del auditorio implica conocer lo más posible sus características psicológicas –medio social, entorno de la gente con la que trata y vive- y sociológicas –las funciones sociales que los oyentes desempeñan-, así como conocer los medios (externos) susceptibles de influir en él (factores extrínsecos al auditorio, música, iluminación, tono demagógico, decorado, control teatral). (Perelman:56-58 y 60).

2) si el auditorio se compone de individuos heterogéneos, la heterogeneidad debe ser tomada en cuenta y el orador debe adaptarse de continuo al auditorio, *“pues, el fondo y la forma de ciertos argumentos, que son apropiados para ciertas circunstancias, pueden parecer ridículos en otras”*.

Perelman distingue entre *“persuadir”* y *“convencer”* y señala: *“Para aquel que se preocupa por el resultado, persuadir es más que convencer, al ser la convicción sólo la primera fase que induce a la acción. (...) En cambio, para aquel que está preocupado por el carácter racional de la adhesión, convencer es más que persuadir”* (Perelman:65)

Según nos enseña, se convence a la razón mientras que se persuade a todo lo ajeno a la razón; al cuerpo, a la imaginación, al sentimiento. La convicción tiene un carácter racional que la persuasión carece. El carácter racional de la convicción se deriva algunas veces de los medios, otras de los aspectos a los que se dirige. (Perelman:65)

Sobre la base de esta distinción entre persuadir y convencer, propone distinguir entre dos tipos de argumentación:

- Argumentación *“persuasiva”*: se trata de la argumentación que sólo pretende lograr la adhesión de un auditorio particular.
- Argumentación *“convinciente”*: se trata de la argumentación que pretende lograr la adhesión de todo sujeto racional (y que, como veremos, forma el auditorio universal).

Advierte Perelman que la distinción entre estos dos tipos de argumentación hace referencia a un matiz mínimo, el cual depende, esencialmente, de la idea que el orador se forma de la razón. *“Cada hombre cree en un conjunto de hechos, de verdades, que todo hombre “normal” debe, según él, admitir, porque son válidos para todo ser racional”* (Perelman:67). También señala que *“es comprensible que el matiz entre los términos convencer y persuadir sea siempre impreciso y que, en la práctica, se suprima”* (Perelman:69).

A ese auditorio racional, compuesto por *“toda la humanidad o, al menos, por todos los hombres adultos y normales”* (Perelman:70), al cual se dirige la argumentación convincente, le llama auditorio universal. Está integrado por todos los seres humanos adultos y capaces en virtud de su carácter de entes dotados de razón,

y por tanto capaces de comprender razones, de adherir a una tesis luego de haber razonado las razones que la sustentan. Pero también afirma que el auditorio universal lo constituye cada uno a partir de lo que sabe de sus semejantes, cada orador se forma una imagen del auditorio universal al que trata de convencer por medio de razones (Perelman:75).

No sólo cada individuo tiene su propia concepción del auditorio universal, sino cada cultura también la tiene. Advierte Perelman lo instructivo que sería el estudio de las variaciones que a lo largo de la historia va experimentando la concepción del auditorio universal de un mismo individuo o de una comunidad.

Se ha señalado cierta ambigüedad en la noción de auditorio universal, que ha dado lugar a distintas interpretaciones de los teóricos (Atienza: 118). Resulta particularmente interesante la interpretación trabajo de Robert Alexy en su Teoría de la Argumentación Jurídica (Alexy: 160-164). <sup>(2)</sup>.

La argumentación dirigida al auditorio universal es la norma de argumentación objetiva (Perelman:71). Pero la adhesión del auditorio universal no se trata de un hecho probado por la experiencia sino de una imaginación del orador (Perelman:72).

Sobre el punto Perelman dice: *“Los filósofos siempre procuran dirigirse a un auditorio de este tipo, no porque esperen conseguir el consentimiento efectivo de todos los hombres (...), sino porque creen que a todos aquellos que comprendan sus razones no les quedará más remedio que adherirse a sus conclusiones. Por tanto, el acuerdo de un auditorio universal no es una cuestión de hecho, sino de derecho”* (Perelman:70).

*“Una argumentación dirigida a un auditorio universal debe ser capaz de convencer al lector del carácter apremiante de las razones aducidas, de su evidencia, de su intemporal y absoluta, independientemente de las contingencias locales o históricas”* (Perelman:72).

---

<sup>2</sup> Las distintas interpretaciones también se plantearon entre nosotros: A.Castro analizó "La noción de auditorio en Perelman y Olbrechts.-Tytka" en artículo publicado en el Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho N°50 (junio,1988) y también lo hizo O.Sarlo en "Teoría de la argumentación o Nueva Retórica de Perelman" en *Hermenéutica y Racionalidad*, Obra colectiva del Instituto de Filosofía del derecho (Montevideo, setiembre 1994).

## ESQUEMA DE PERELMAN

**Orador**                   ->                   **Discurso**                   ->                   **Auditorio**

Auditorio real y concreto - Auditorio ideal particular - Auditorio universal

### **Stephen Toulmin. Un modelo argumentativo.**

En su obra “Los usos de la argumentación” (1958), el filósofo inglés Stephen Toulmin, radicado en los Estados Unidos de América, propuso un modelo para analizar la actividad argumentativa, tomando como ejemplo relevante la argumentación jurídica.

Toulmin a diferencia de Perelman no plantea un orador que se expresa ante un auditorio sino un modelo dialéctico: dos personas que discuten una cuestión, a las que llama proponente y oponente. De este modo es como se procesan las discusiones sobre los hechos y sobre el derecho cuando alguien formula una pretensión y encuentra resistencia de otro u otros..

Este autor distingue entre razonamiento y argumento y, a su vez, entre los diferentes usos del término argumento. Razonamiento es *“la actividad central de presentar las razones a favor de una pretensión, así como para mostrar de qué manera esas razones tienen éxito en dar fuerza a esa pretensión”*. El término argumento es usado tanto para hacer referencia a un tramo del razonamiento, como a las disputas argumentativas *“interacciones humanas a través de las cuales se formulan, debaten, y/o se da vuelta a tales tramos de razonamiento”* (Atienza:84).

Según lo describen Atienza y Rodríguez Bello, el modelo de razonamiento argumentativo que propone Toulmin está compuesto por seis elementos:

- 1) *Pretensión*: es tanto el punto de partida como el punto de destino del argumento. Es la tesis que se defiende, el punto de vista, la posición, de alguien (proponente) sobre determinado asunto o materia. Quien argumenta pretende que su pretensión sea aceptada por el otro (oponente).

Ejemplo: *X tiene derecho a recibir la herencia de Y.*

- 2) *Razones*: son los hechos en los que se basa, que justifican, que sostienen la pretensión. En la argumentación jurídica típica son los hechos que integran el supuesto de hecho de la norma aplicable al caso.

Ejemplo: *Y ha fallecido, Y tenía bienes en su patrimonio, X es hijo de Y.*

- 3) *Garantía*: es el enunciado general (la regla) que autoriza el paso de las razones a la pretensión. En la argumentación jurídica típica podrá ser una norma o principio jurídico.

Ejemplo: *en nuestro derecho cuando los padres fallecen intestados, los hijos tienen derecho a heredar todos sus bienes.*

- 4) *Respaldo*: es el apoyo de la garantía, que se explicita si se cuestiona a la garantía.

Ejemplo: Código Civil art 1025.

- 5) *Cualificadores modales*: ellos especifican el grado de certeza de la pretensión.

Ejemplo: *necesariamente, probablemente, posiblemente, etc.*

- 6) *Condiciones de refutación*: son las circunstancias extraordinarias o excepcionales que pueden socavar la fuerza de los argumentos.

Ejemplo: *salvo que X hubiera incurrido en alguna causa de desheredación.*

### ESQUEMA DE TOULMIN

(Stephen Toulmin, The uses of argument, 1958)

**Pretension (C)** (lo que pretendo)

**Razones (G)** (hechos que apoyan la pretensión)

**Garantía (W)** (regla general extraída de la experiencia o de normas)

**Respaldo (B)** (justificación de la garantía)

#### Cualificadores modales

(necesariamente, probablemente, posiblemente)

#### Condiciones de refutación

(razones que debilitan argumentos o garantía)

### **Bibliografía recomendada**

ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica (1978). Trad. Atienza, Manuel y Espejo, Isabel. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARISTÓTELES, “Retórica”, Ed. Alianza..

ARISTÓTELES, “Tratados de lógica” (Organon) I, Ed. Gredos,

ATIENZA, Manuel; “Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica”.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. “La interpretación judicial del derecho”, cap. I, biblioteca jurídica virtual UNAM;

FUENTES LÓPEZ, Carlos. “El racionalismo jurídico”, cap. VI “La codificación racionalista”

GARCÍA AMADO, Juan Antonio “Tópica, Derecho y Método jurídico”:

GONZÁLEZ BEDOYA, Jesús; “Perelman y la retórica filosófica”, prólogo a la edición española del “Tratado de la argumentación. La nueva retórica” de Chaim Perelman y Lucien Olbrechts-Tyteca, Editorial GREDOS, España.

MALHERBE, Hugo. “Curso de Filosofía del Derecho. Origen y metas de la hermenéutica”, Montevideo.

PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS-TYTECA, Lucien. “Tratado de la argumentación. La nueva retórica” Madrid, Editorial GREDOS.

PIÑA MONDRAGÓN, Joaquín “La tópica aristotélica en las teorías de argumentación jurídica moderna”.

RODRÍGUEZ BELLO, Luisa Isabel; “El modelo argumentativo de Toulmin en la escritura de artículos de investigación educativa”, Revista Digital Universitaria, 21 enero 2014, volumen 5, número 1, ISSN: 1067-6079.

ROSS, William David. Aristóteles (1923). Trad.Diego Pro, 2a.edicion, Buenos Aires, Charcas, 1981.

VIEHWEG, Theodor; “Tópica y Jurisprudencia” Trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León, (2ª edición). Madrid: Taurus. 1986

### **Para la discusión**

1. *¿Le sorprende que Aristóteles propusiera la retórica como modelo del razonamiento judicial? O acaso le sorprende más que luego se olvidara ese modelo? Dé sus razones.*

2. *¿Comparte o no la idea de que los juristas prácticos nos encontramos siempre de una situación problemática concreta y desde esa perspectiva buscamos un sistema que nos permita darle una solución?*

3. *Si pensamos en los tópicos como "lugares" desde los cuales plantear mejor una discusión y tuviera que defender la posición de Uruguay en un juicio promovido por la industria tabacalera ¿plantearía la discusión desde el derecho de los Estados a establecer restricciones a la libertad de industria y comercio? ¿O quizás eligiera hacerlo desde el deber de los Estados de defender la salud de sus habitantes? A su juicio ¿cambiaría el resultado de la discusión?*