

ARGUMENTACIÓN Y ENSEÑANZA DE LA RETÓRICA EN DERECHO¹

Helga María Lell²

Introducción

La enseñanza universitaria del derecho ha cambiado desde un paradigma caracterizado por un olvido total de la argumentación a otro que reivindica este último proceso. Los parámetros brindados por el Consejo de Decanos para la acreditación de la carrera de Abogacía así lo acreditan. No obstante, aún no se ha logrado dotar de contenido apropiado a los planes de estudio, a las prácticas forenses, docentes y estudiantiles para que superen el modelo decimonónico positivista. Así, la educación en argumentación no logra superar el plano teórico y acaba por ser un tópico aislado. En esta línea, esta ponencia apunta a poner en evidencia la necesidad de incorporar contenidos de retórica como disciplina que atraviesen transversalmente y de manera más natural la totalidad de los espacios curriculares.

La lógica en tiempos del positivismo

La disciplina jurídica y, por lo tanto, su enseñanza, se presentó como ciencia bajo el signo positivista que enarbolaba a las normas jurídicas como objeto principal. En ese contexto, el conocimiento del derecho y del jurista giraba en torno al saber de lo legal. Esto generaba ciertas consecuencias sobre la práctica jurídica y educativa. Principalmente, la tarea retórica no tenía lugar alguno en el ámbito del derecho. Este planteo cambia a partir de la década de

¹ Un trabajo preparatorio de este ha sido presentado en el II Encuentro Iberoamericano de Retórica "Rhetórica y humanismo", del 26 al 28 de abril de 2017, organizado por la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filológicas, Organización Iberoamericana de Retórica, Asociación Mexicana de Retórica y Asociación Latinoamericana de Retórica. Llevado a cabo en la Ciudad de México. El trabajo se tituló "Retórica y discurso profesional. La relevancia de las operaciones retóricas en la formación universitaria en el campo jurídico".

² Investigadora asistente de Conicet (con lugar de trabajo en CICJ, FCEyH, UNLPam). Docente auxiliar de las cátedras de Filosofía del Derecho, Introducción al Derecho y Derecho Política de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam. helgalell@cpenet.com.ar

1960 aunque, como se mencionará posteriormente, a pesar de que se han producido avances teóricos, aún existen múltiples deudas a nivel educativo universitario.

Antes de adentrarnos en ello, resulta necesario caracterizar el paradigma positivista que ha signado fuertemente al derecho. Así, podemos decir que durante la modernidad (y principalmente a partir de la Revolución Francesa) hasta mediados del siglo XX, la interpretación de las normas jurídicas se desarrolló conforme al modelo dogmático, caracterizado por ser legalista, formalista y postular a la ley como la única fuente del derecho³.

La pretensión principal en el marco político en el que prepondera este modelo era reducir la intervención de los jueces a lo mínimo y necesario puesto que, al no ser representantes del pueblo, debían someterse a las leyes elaboradas por los legisladores. Para ello, se confiaba en que las leyes, pensadas y redactadas por representantes populares, eran claras y que el ordenamiento jurídico preveía toda conducta posible, es decir, que era coherente y completo. Por supuesto, no tenía ningún problema lógico de contradicción o superposición normativa. Gracias a que el legislador realizaba una tarea tan excelsa, los jueces simplemente debían aplicar las normas jurídicas generales a los casos particulares. Por lo tanto, el juez no podía crear nada en el derecho y no tenía nada que dudar o elucidar. Simplemente repetía la norma general pero de manera individual. Por ejemplo: ante una norma general del tipo “Los ciudadanos del Estado Alfa deben pagar un impuesto mensual de \$1000”, el juez debía verificar que Juan fuera un ciudadano o no de Alfa. En caso de que lo fuera, su sentencia debería decir “Juan debe pagar un impuesto mensual de “\$1000”. Como puede notarse, el operador judicial no tuvo que interpretar, crear o argumentar nada. Simplemente realizó un razonamiento lógico deductivo. Nadie que efectuara el procedimiento lógico correspondiente de manera correcta podía disentir con el resultado. ¿Y qué ocurría si no existía una norma? Simplemente este supuesto nunca se daba gracias al principio de clausura según el cual todo lo que no está prohibido,

³ La explicación respecto de estas características puede hallarse en Bobbio (1991) en el abordaje del positivismo jurídico como teoría.

está permitido. Por ende, el juez siempre tenía elementos normativos a la luz de los cuales fallar.

El razonamiento que utilizaban los jueces tenía la forma de un silogismo. Sobre él, Perelman (1988: 39) explica que una vez establecido los hechos, bastaba formular el silogismo judicial, cuya premisa mayor debía estar formada por las reglas de derecho apropiadas y la menor por la comprobación de que se habían cumplido las condiciones previstas en las reglas, de manera que la decisión viene dada por la conclusión del silogismo. De manera semejante, Alchourrón y Bulygin (1975) sostienen que el razonamiento que los jueces realizaban para fundar sus decisiones podía ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas (una normativa y otra fáctica) se llegaba a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas eran aplicables a un caso particular.

Hasta aquí, el procedimiento silogístico parece una sencilla operación mecánica que puede formularse de modo automático. Esta impresión puede ser acertada en aquellos casos que son claros, pero no para los conocidos como “casos difíciles” ya que en ellos puede ocurrir que los hechos no se encuentren determinados tan fácilmente (por ejemplo, que no quede claro si hubo violencia o no para determinar la calificación de robo o hurto), que las normas aplicables no se detecten con tanta facilidad (por ej. si un homicidio es simple o agravado por alevosía) o que existan problemas del lenguaje (por ej. la existencia de términos como “mujer honesta”, “buen padre de familia”, “trato digno”, etc.) (Suárez, 2009). Todos estos inconvenientes requieren que los jueces valoren y, por supuesto, que también argumenten para sostener sus decisiones.

Como señala Atienza (1997: 127), problemas como los antedichos hacen necesario presentar argumentos adicionales a favor de las premisas (justificación externa), que, probablemente, no serán del tipo de los razonamientos deductivos (justificación interna). “(E)n los casos difíciles la tarea de argumentar en favor de una decisión se centra precisamente en la

justificación externa. La justificación interna sigue siendo necesaria pero a no es suficiente y pasa a un segundo plano de importancia”.

Las teorías de la argumentación

Hasta la década de 1960, la actividad interpretativa judicial dependía, al menos en teoría, eminentemente de la lógica. Arribar a una conclusión era un procedimiento deductivo y de conjunción de dos premisas. La conclusión era necesaria y no ofrecía dudas⁴, por lo tanto, no había lugar para la argumentación. Sin embargo, este panorama cambió, principalmente, por la imposibilidad de esta visión positivista de dar cuenta del lugar que ocupan los valores en el Derecho (entre ellos, el de justicia⁵), de resolver problemas lingüísticos y de explicitar las valoraciones que realizan los jueces.

En 1958, aparecieron dos obras importantes que inauguraron el cambio de paradigma para presentar la necesidad de la argumentación frente o junto con la lógica formal: *The Uses of Arguments*, de Toulmin, y *La Nouvelle Rhétorique. Traité de l'argumentation*, de Perelman y Olbrechts-Tyteca. Estas obras, desde dos perspectivas muy diferentes, la lógica y la retórica, coincidían en señalar la necesidad de desarrollar una propuesta teórica para analizar las condiciones normativas de la argumentación en lenguaje natural (es decir, ya no el formal). Además, ambas destacaban la argumentación como práctica y ofrecían un marco alterativo para abordar el estudio de la racionalidad (Bermejo Luque, 2008).

Aquella ruptura, desde el punto de vista teórico, fue fundamental. La concepción del derecho abandonó el campo de la lógica y se adentró en el de la retórica. Los operadores jurídicos comprendieron que su quehacer cotidiano consistía en la argumentación y las instituciones educativas incorporaron herramientas que dieran cuenta de ello. No obstante, un análisis de diferentes

⁴ Claro está que esto era más bien una ficción teórica antes que una realidad propia del quehacer judicial.

⁵ La justicia no es un tema menos en el campo del Derecho y de la argumentación. De hecho, en relación con el tema bajo tratamiento, cabe destacar que el mismo Perelman le dedicó una obra a la justicia. Ver Perelman, 1964.

planes de estudio de las facultades de derecho de la Argentina, muestra que ese paso solo se dio tímidamente y que no logró avanzar demasiado. Es usual solo encontrar algunos puntos en programas de estudio de filosofía del derecho o teoría general del derecho o algunas asignaturas referidas a la teoría de la argumentación que se centran en las enseñanzas de Perelman y de algunos otros autores pero que solo quedan en el plano teórico. En ningún lugar se enseña la retórica clásica de manera teórico-práctica y, por ello, el alcance pragmático de esta disciplina no puede ser vislumbrado o puesto en práctica por los estudiantes y egresados.

Hacia una concepción macro de la argumentación

En el ámbito del derecho, la recuperación de la retórica bajo el paradigma de las teorías de la argumentación ha tenido un éxito radical a tal punto que fue un hito que marcó un antes y un después en la forma de entender el quehacer jurídico. No obstante, la atención acabó por concentrarse en la argumentación como un concepto abstracto que se muestra como escenario del fenómeno jurídico y por poner el acento en el auditorio como elemento central y casi único.

Como puede notarse, al final de cuentas acaba por perderse la mirada sobre el discurso y su organización. La expectativa de lograr persuadir un auditorio se coloca por sobre el diseño discursivo y, por lo tanto, por sobre las estrategias retóricas. En este marco la argumentación termina por ser vacía e ineficaz por cuanto carece de herramientas y estrategias adecuadas.

Por este motivo, resulta relevante retomar la mirada sobre el diseño macroestructural. El paradigma de la argumentación focaliza en el auditorio y, también, en cómo el operador jurídico expone su interpretación. Las principales conclusiones que se ha derivado de ello son que la subjetividad del intérprete cumple un papel importante y que los resultados hermenéuticos no son inequívocos. Pero ¿y la confección del discurso?

Una primera idea fuerza que fundamenta la inclusión de la retórica en los planes de estudio de las carreras de derecho es su surgimiento en el

contexto del empoderamiento ciudadano y en el del fortalecimiento de los individuos en su vida en sociedad.

El campo de la retórica jurídica es aquel del conflicto y de la cooperación. Esta oración, que parece un tanto paradójica, muestra que, para que haya argumentación, es necesario que haya conflicto, una discrepancia, y que este no aparezca como insuperable. Así la retórica se manifiesta en la negociación por medio de procedimientos simbólicos de la distancia que separa a los interlocutores (Klinkenberg, 2010).

En el marco del surgimiento de la antigua Grecia, la retórica clásica surge como un ámbito artificial y producto del orden social del cual los hombres son responsables, creadores y modeladores. Así, el discurso se encuentra en el campo de la construcción humana en contraste con las determinaciones divinas y de la naturaleza.

Esta forma innovadora de pensamiento planteaba que las instituciones, las palabras, los conceptos rectores y las formas de organización colectiva no dependían de principios universales, sino que surgían de modelos históricos de pensamiento y, por tanto, pertenecían al reino de lo posible más que de lo necesario. Al mirar al lenguaje y a sus consecuencias para la acción social como resultado de la construcción humana se hacía factible entonces indagar sobre la índole de su estructura y proponerse la posibilidad de intervenir sobre sus formas y, con ello, sobre la vida de la comunidad (Tapia, 2010: 275).

La principal relevancia de este hecho es que la retórica marca un campo de objetivos a ser realizados mediante el uso de la palabra en aquellas instancias en las que no existe lo universal o necesario. Así, la educación universitaria en derecho debe mostrar que la retórica, como ciencia social, proporciona herramientas para la persuasión con consecuencias epistemológicas y profesionales. La construcción de las piezas discursivas no pretende revelar una verdad evidente sino construir un objeto verosímil y que cause la adhesión del auditorio. En este marco, la retórica debe ser inculcada como un conjunto de saberes que permite la defensa de los intereses, valores y creencias de los grupos humanos.

El uso de la retórica tanto en la elaboración como en el análisis discursivos permite tomar conciencia de la relatividad de las nociones, de los potenciales usos de las ambigüedades, vaguedades y metáforas soterradas para poder ver cómo los instrumentos artificiales encarnan creencias y son siempre sujetos de cambio. En tal sentido, el armado de un discurso adecuado a los efectos persuasivos no encubre, sino que coloca al descubierto la naturaleza provisional de las relaciones entre acción, lenguaje y realidad (Tapia, 2010: 277). Esto pone en evidencia que el mundo simbólico presenta siempre una realidad modificable y susceptible de innovación.

Por su parte, Klinkenberg (2010), destaca que la “retórica de la argumentación”, como una especialidad novedosa, se destina al estudio de los mecanismos del discurso social general y a su eficacia práctica y, en consecuencia, guarda una estrecha proximidad con la pragmática. En particular, los filósofos del derecho se han concentrado en ella como reemplazo de la lógica formal que se había desvinculado de la realidad práctica.

Cuando se trata de convencer ya no solo hay que deducir y calcular sino sobre todo argumentar. Así los campos de aplicación de la primera neroretórica fueron la propaganda política o comercial. La controversia jurídica y la discusión filosófica. (Klinkenberg, 2010: 286)

En tal sentido, es relevante comprender por qué el estudio de la argumentación jurídica es más profunda que la mera mención teórica de autores que se han abocado a ella y al hincapié en el auditorio. Las estrategias retóricas y el diseño discursivo en sus diferentes secciones no resultan nunca inocentes y tienen efectos cognitivos sobre los receptores. Desde la presentación misma se prepara al destinatario a interpretar lo que se espera que interprete, se apela a sus conocimientos previos para desarrollar otros nuevos, se convocan emociones para generar adhesión, etc. Es cierto que en ese marco el auditorio no pasa desapercibido pero ello es así en tanto interpela de manera activa al sujeto productor del discurso que debe adaptarse para tener éxito.

Mostrar lo anterior no es una cuestión aislada sino que conlleva la responsabilidad docente de brindar las herramientas adecuadas que revelen que la retórica es una disciplina tan importante como cualquier otro derecho de fondo o forma. Así, los conocimientos técnicos consisten en el manejo del derecho propiamente dicho pero también en cómo presentarlo frente a un auditorio y con pretensiones específicas. De esta manera, la retórica como espacio disciplinar toma el lugar de un espacio curricular central que aporta conocimientos interdisciplinarios: de gramática, lingüística, oratoria, pragmática, hermenéutica, análisis del discurso, etc.

Consideraciones finales

En el ámbito jurídico, la recuperación de la retórica, sobre todo a partir de los desarrollos de Perelman y Olbrechts-Tyteca, ha concentrado las miradas, principalmente, en la argumentación como proceso que se da frente a determinado auditorio. De esta manera, se ha enarbolado al auditorio como un elemento central al cual se debe adecuar una disertación. No obstante, poco lugar se destina en los espacios universitarios a la formación respecto de cómo adecuar un discurso a dicho auditorio y, por lo tanto, se relega a un segundo plano la situación macro que requiere la confección del discurso a pronunciar.

Proponemos, entonces, aquí, la necesidad de que los formadores universitarios, en las facultades de derecho, puedan concientizar a sus estudiantes que el foco de atención debe ponerse en la organización macroestructural de las iniciativas comunicativas como forma de control de las estrategias productivas, de los detalles expresivos y la determinación de los significados en relación con el auditorio frente al cual se realiza la presentación. Es decir, el potencial auditorio no queda postergado sino que actúa como un elemento que debe ser considerado en la selección de recursos retóricos en la elaboración de un discurso.

El principal problema que surge frente a estos objetivos es que el sistema se retroalimenta y, para romper con el círculo vicioso, resulta relevante la formación de formadores capacitados para direccionar la atención hacia los

aspectos macroestructurales del discurso combinados seleccionados adecuadamente conforme al auditorio.

A la altura de este desafío de la práctica profesional, se encuentra el de la enseñanza universitaria que debe capacitar a sus estudiantes y egresados para que puedan comprender la necesidad de argumentar, a lidiar con la incertidumbre y a buscar las potenciales selecciones de estrategias dinámicas.

Como señala Barnett (2000), la educación universitaria no se trata, simplemente, de enfrentar teorías, exponerlas de manera magistral y aseverar la existencia de juicios muy diferentes acerca de una misma situación. Por el contrario, se trata de que comprenda que las estructuras con las que se comprende el mundo y las propias prácticas son impugnables. La educación superior exige una pedagogía con un triple propósito: 1) generar inquietud epistemológica y ontológica en los estudiantes, 2) capacitarlos para que se sientan cómodos en un ambiente caracterizado por la inseguridad cognoscitiva y experiencial y 3) prepararlos para que hagan sus propias contribuciones a la sociedad y sean sensibles ante la impredecibilidad de las consecuencias de sus discursos y prácticas.

Referencias bibliográficas

- Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio (1975/1993). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 2° reimpresión. Buenos Aires: Astrea.
- Atienza, Manuel (1997). *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel.
- Barnett, Ronald. (2000). *Realizing the University in an age of supercomplexity*. Philadelphia: Society for Research into Higher Education y Open University Press.
- Bermejo Luque, Lilian (2008). "El programa de *Los usos de la argumentación* de Stephen Toulmin". Marafioti, Roberto y Santibañez Yáñez, Cristián (coord.). *Teoría de la Argumentación a 50 años de Perelman y Toulmin*. Buenos Aires: Biblos.

- Bobbio, Norberto (1991/2007). *El problema del positivismo jurídico*. 1° ed. 9° reimp. México: Fontamara.
- Klinkenberg, Jean-Marie (2010). "La argumentación en la figura". Beristáin, Helena y Ramírez Vidal, Gerardo. *Espacios de retórica. Problemas filosóficos literarios*. México: UNAM. Pp. 284-318
- Perelman, Chaïm (1988). *Lógica jurídica y Nueva Retórica*. Madrid: Civitas.
- Suárez, Eloy E. (2009). *Introducción al Derecho*. Santa Fé: Universidad Nacional del Litoral.
- Tapia, Alejandro (2010). "La persuasión por el orden. Una revitalización de la *dispositio* retórica". Beristáin, Helena y Ramírez Vidal, Gerardo. *Espacios de retórica. Problemas filosóficos literarios*. México: UNAM. Pp. 275-284.