

CAPÍTULO TERCERO

PERELMAN Y LA NUEVA RETÓRICA	45
I. El surgimiento de la nueva retórica	45
II. La concepción retórica del razonamiento jurídico	47
1. Lógica y retórica	47
2. Los presupuestos de la argumentación	49
3. El punto de partida de la argumentación	50
4. Las técnicas argumentativas	53
III. La lógica como argumentación	61
IV. Una valoración crítica de la teoría de Perelman	65
1. Una teoría de la razón práctica	65
2. Crítica conceptual	66
3. Crítica ideológica	70
4. Crítica de la concepción del derecho y del razonamiento jurídico	73
5. Conclusión	79

CAPÍTULO TERCERO

PERELMAN Y LA NUEVA RETÓRICA

I. EL SURGIMIENTO DE LA NUEVA RETÓRICA

En el capítulo anterior, al considerar la obra de Viehweg, se hizo una referencia a la recuperación de la tradición de la tónica y de la retórica antigua, que tiene lugar a partir de la segunda mitad del siglo XX. Pero entonces no se aludió al autor que probablemente haya contribuido en mayor medida a este resurgimiento y que no es otro que Chaim Perelman.

Aunque de origen polaco, Perelman (nacido en 1912 y muerto en 1984) vivió desde niño en Bélgica y estudió derecho y filosofía en la Universidad de Bruselas. Empezó dedicándose a la lógica formal y escribió su tesis, en 1938, sobre Gottlob Frege, el padre de la lógica moderna. Durante la ocupación nazi, decidió emprender un trabajo sobre la justicia (*cfr.* Perelman, 1945; traducción castellana, Perelman, 1964), tratando de aplicar a este campo el método positivista de Frege, lo que suponía eliminar de la idea de justicia todo juicio de valor, pues los juicios de valor caerían fuera del campo de lo racional. Su tesis fundamental consiste en que se puede formular una noción válida de justicia de carácter puramente formal, que él enuncia así: “Se debe tratar igual a los seres pertenecientes a la misma categoría”. Ahora bien, dado el carácter formal de esta regla, se necesita contar con otros criterios materiales de justicia que permitan establecer cuando dos o más seres pertenecen a la misma categoría. Según Perelman, podrían distinguirse los seis siguientes criterios,¹ que vienen a definir otros tantos tipos de sociedad y de ideología: a cada uno lo

1 En Perelman (1986, p. 3) se habla de ocho criterios, pero sin especificar cuáles son los otros dos. Por otro lado, en la concepción de la justicia de Perelman pueden advertirse algunos cambios de enfoque, de los cuales aquí prescindo; *cfr.* no obstante Hart (1963). Sobre otros aspectos de la teoría de la justicia de Perelman, *cfr.* Dearin (1986) y Van Quickenborne (1986). *Cfr.* también Perelman (1990), donde se recogen numerosos trabajos de este sobre la justicia y sobre la argumentación jurídica.

mismo; a cada uno según lo atribuido por la ley; a cada uno según su rango; a cada uno según sus méritos o su capacidad; a cada uno según su trabajo; a cada uno según sus necesidades. El problema que aparece entonces estriba en que la introducción de estos últimos criterios implica necesariamente la asunción de juicios de valor, lo que lleva a Perelman a plantearse la cuestión de cómo se razona a propósito de valores.

A esta última cuestión, sin embargo, no logró darle una respuesta satisfactoria hasta que, años más tarde y en forma relativamente casual (“leyendo un libro sobre retórica literaria” [Perelman, 1986, p. 4]), se encontró con la obra de Aristóteles y, en particular, con el tipo de razonamientos a los que este denominó *dialécticos* (de los que trata en la *Tópica*, en la *Retórica* y en las *Refutaciones sofísticas*) y que —como hemos visto en el anterior capítulo— Aristóteles distinguió claramente de los razonamientos analíticos o deductivos (los de los *Primeros* y *Segundos Analíticos*). El “descubrimiento” de Perelman ocurre hacia 1950,² y a partir de entonces se desarrolla en numerosas obras; la más importante de todas —el texto canónico, podríamos decir— es el libro *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, escrito en colaboración con Olbrecht-Tyteca, y cuya primera edición data de 1958, fecha a partir de la cual ha tenido una amplísima difusión.³

En lo que sigue, expondré (en el apartado II) las ideas de Perelman sobre la retórica en general, basándome esencialmente en el último libro mencionado. Ello implica prescindir de algunos cambios de énfasis —y quizás más que de énfasis—, que cabría observar si se tuviera en cuenta también el resto de la producción de Perelman; pero a cambio se ganará —espero— en claridad y sistematicidad. Por otro lado, conviene recordar que, aunque con frecuencia se mencione únicamente el nombre de Perelman, el *Tratado* es también obra de Olbrecht-Tyteca, quien quizás no haya contribuido al mismo con ideas originales, pero, desde luego, sí dotándole de una sistematicidad de la que carece el resto de la producción perelmaniana. Después (en el apartado III), me ocuparé, en particular, de la lógica

2 Sobre la evolución de Perelman, *cfr.* Gianformaggio (1973, p. 18), quien muestra cómo la retórica fue primero entendida como lógica de los juicios de valor —en *Logique et rhétorique*, de 1948 (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1950)—; después como teoría de la argumentación —en *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, de 1958 (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1958)—; y finalmente, como lógica de la elección racional, en *Le raisonnement pratique*, de 1968 (Perelman, 1968).

3 En adelante se citará la edición castellana (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989). De esta obra existe una traducción al italiano con un estudio introductorio de Norberto Bobbio (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1966) y al inglés (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1969).

jurídica.⁴ Aunque, como luego veremos, Perelman considera al razonamiento jurídico como el paradigma del razonamiento práctico (*cfr.*, por ejemplo, Perelman, 1962), este orden de la exposición parece justificado, pues en la génesis del pensamiento de Perelman, el análisis del razonamiento jurídico aparece como una confirmación, no como una fuente, de su teoría lógica (*cfr.* Gianformaggio, 1973, p. 136). Por lo demás, el propio Perelman, en uno de sus últimos trabajos, habla de la existencia de una retórica general y de una retórica especializada, y cita su libro de lógica jurídica como un ejemplo de obra retórica aplicada al razonamiento de los juristas (Perelman, 1986, p. 9). Finalmente (en el apartado IV), presentaré una valoración crítica de la obra de Perelman.

II. LA CONCEPCIÓN RETÓRICA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

1. *Lógica y retórica*

Perelman parte —como ya se ha indicado— de la distinción básica de origen aristotélico entre razonamientos analíticos o lógico-formales, por un lado, y razonamientos dialécticos o retóricos, por el otro, y sitúa a su teoría de la argumentación en este segundo apartado. Su objetivo fundamental es el de ampliar el campo de la razón más allá de los confines de las ciencias deductivas y de las ciencias inductivas o empíricas, para poder dar cuenta también de los razonamientos que se presentan en las ciencias humanas, en el derecho y en la filosofía. Lo que a él le interesa, concretamente, es la estructura, la lógica, de la argumentación, y no, por ejemplo, los aspectos psicológicos de la misma; con ello pretende seguir un programa semejante al de Frege: mientras que este habría renovado la lógica formal a partir de la idea de que en las deducciones matemáticas se encuentran los mejores ejemplos de razonamientos lógicos, Perelman arranca de la idea de que el análisis de los razonamientos que utilizan los políticos, jueces o abogados (aunque en el *Tratado* aparecen sobre todo ejemplos de obras literarias) debe ser el punto de partida para la construcción de una teoría de la argumentación jurídica.

4 Para ello utilizaré esencialmente un libro de Perelman de 1976: *La logique juridique. La nouvelle rhétorique*, traducción castellana, Perelman (1979).

La lógica formal se mueve en el terreno de la necesidad. Un razonamiento lógico-deductivo, o demostrativo, implica —como hemos visto— que el paso de las premisas a la conclusión es necesario: si las premisas son verdaderas, entonces también lo será, necesariamente, la conclusión. Por el contrario, la argumentación en sentido estricto se mueve en el terreno de lo simplemente plausible. Los argumentos retóricos no tratan de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino de mostrar el carácter razonable, plausible, de una determinada decisión u opinión.⁵ Por eso, en la argumentación es fundamental la referencia a un *auditorio* al que se trata de *persuadir*. Si Perelman elige para designar su teoría el nombre de *retórica* antes que el de *dialéctica*, ello se debe precisamente a la importancia que concede a la noción de auditorio, que, ciertamente, es la noción central de la teoría (*cfr.* Fisher, 1986, p. 86), y al hecho de que *dialéctica* le parece un término más equívoco, pues a lo largo de la historia se ha utilizado con múltiples significados: para los estoicos y los autores medievales era sinónimo de lógica, en Hegel —y en Marx—, como se sabe, tiene un sentido completamente distinto, etcétera.⁶

Por otro lado, Perelman contempla la argumentación como un proceso en el que todos los elementos interaccionan constantemente, y en esto se distingue también de la concepción deductiva y unitaria del razonamiento de Descartes y de la tradición racionalista. Este veía en el razonamiento un “encadenamiento” de ideas, de tal manera que la cadena de las proposiciones no puede ser más sólida que el más débil de los eslabones; basta con que se rompa uno de los eslabones para que la certeza de la conclusión se desvanezca. Por el contrario, Perelman considera que la estructura del discurso argumentativo se asemeja a la de un tejido: la solidez de este es muy superior a la de cada hilo que constituye la trampa (Perelman, 1969). Una consecuencia de ello es la imposibilidad de separar tajantemente cada uno de los elementos que componen la argumentación. No obstante, a efectos expositivos, Perelman y Olbrecht-Tyteca, en el *Tratado*, dividen el estudio de la teoría de la argumentación en tres partes: los presupuestos o límites de la argumentación; los puntos o tesis de partida; y las técnicas argumentativas, es decir, los argumentos en sentido estricto.

5 Pero, como se verá más adelante, la forma de entender estos razonamientos por parte de Perelman no coincide del todo con el modelo aristotélico.

6 Sobre las relaciones entre retórica y dialéctica *cfr.* Maneli, 1979, pp. 216-238.

2. *Los presupuestos de la argumentación*

Puesto que toda argumentación pretende la adhesión de los individuos, el auditorio, a que se dirige, para que exista argumentación se necesitan ciertas condiciones previas, como la existencia de un lenguaje común o el concurso ideal del interlocutor, que tiene que mantenerse a lo largo de todo el proceso de la argumentación. En la argumentación se pueden distinguir tres elementos: el *discurso*, el *orador* y el *auditorio*; pero este último —como ya se indicó— juega un papel predominante y se define como “el conjunto de todos aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación” (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 55). Perelman pone de manifiesto cómo la distinción clásica entre tres géneros oratorios: el deliberativo (ante la asamblea), el judicial (ante los jueces) y el epidíctico (ante espectadores que no tienen que pronunciarse), se efectúa precisamente desde el punto de vista de la función que respectivamente juega el auditorio. Y concede, por cierto, una considerable importancia al género epidíctico (cuando el discurso parte de la adhesión previa del auditorio, como ocurre en los panegíricos, en los sermones religiosos o en los mítines políticos), pues el fin de la argumentación no es sólo conseguir la adhesión del auditorio, sino también acrecentarla. Sin embargo, la clasificación más importante de tipos de argumentación que efectúa Perelman se basa en la distinción entre la argumentación que tiene lugar ante el auditorio universal, la argumentación ante un único oyente (el diálogo) y la deliberación con uno mismo.⁷

Sobre todo en los últimos años, se ha concedido una gran importancia al concepto perelmaniano de *auditorio universal* que, aunque dista de ser un concepto claro, al menos en el *Tratado* parece caracterizarse por estas notas: 1) es un concepto límite en el sentido de que la argumentación ante el auditorio universal es la norma de la argumentación objetiva; 2) dirigirse al auditorio universal es lo que caracteriza a la argumentación filosófica; 3) el de auditorio universal no es un concepto empírico: el acuerdo de un auditorio universal “no es una cuestión de hecho, sino de derecho” (*ibidem*, p. 72); 4) el auditorio universal es ideal en el sentido de que está formado por todos los seres de razón, pero, por otro lado, es una construcción del orador, es decir, no es una entidad objetiva; 5) ello significa no

7 En esta clasificación no se incluye, sin embargo, un tipo de argumentación de indudable interés y a la que Perelman —como en seguida se verá— hace referencia en otras partes del *Tratado*: la argumentación que tiene lugar ante auditorios particulares.

sólo que diversos oradores construyen diversos auditorios universales, sino también que el auditorio universal de un mismo orador cambia.⁸

Una de las funciones que cumple este concepto en la obra de Perelman es la de permitir distinguir (aunque se trate de una distinción imprecisa, como también lo es la distinción entre los diversos auditorios) entre *persuadir* y *convencer*. Una argumentación persuasiva, para Perelman, es aquella que sólo vale para un auditorio particular, mientras que una argumentación convincente es la que se pretende válida para todo ser de razón.

En fin, la argumentación, a diferencia de la demostración, está estrechamente ligada a la *acción*. La argumentación es, en realidad, una acción —o un proceso— con la que se pretende obtener un resultado: lograr la adhesión del auditorio, pero sólo por medio del lenguaje, es decir, prescindiendo del uso de la violencia física o psicológica. Por otro lado, su proximidad con la práctica hace que en la argumentación no quepa hablar propiamente de objetividad, sino tan sólo de *imparcialidad*: “...ser *imparcial* no es ser *objetivo*, es formar parte del mismo grupo que aquellos a los que se juzga, sin haber tomado partido de antemano por ninguno de ellos” (*ibidem*, p. 113). La noción de imparcialidad, por otro lado, parece estar en estrecho contacto con la de regla de justicia (ser imparcial implica que en circunstancias análogas se reaccionaría igual) y con la de auditorio universal (los criterios seguidos tendrían que ser válidos para el mayor número posible y, en última instancia, para el auditorio universal *cfr. ibidem*, p. 115).

3. *El punto de partida de la argumentación*

Al estudiar las premisas de que se parte en una argumentación, se pueden distinguir tres aspectos: el acuerdo, la elección y la presentación de las premisas.

Para poder desarrollar una argumentación hay que partir, en efecto, de lo que se admite inicialmente, si bien el punto de partida mismo constituye ya un primer paso en su utilización persuasiva. Los *objetos de acuerdo* pueden ser relativos a lo *real* (hechos, verdades o presunciones), o bien relativos a lo *preferible* (valores, jerarquías y lugares de lo preferible). Los primeros pretenden ser válidos para el auditorio universal, mientras

8 “El auditorio universal es, como los demás, un auditorio concreto, el cual se modifica con el tiempo con la idea que de él se forma el orador” (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 742).

que los segundos sólo serían válidos para auditorios particulares. Así, por ejemplo, los *hechos* (trátense de hechos de observación o de supuestos convencionales) se caracterizan porque suscitan una adhesión tal del auditorio universal que sería inútil reforzar. Se diferencian de las *verdades* porque los primeros son objetos de acuerdo precisos, limitados, mientras que las segundas son sistemas más complejos, uniones de hechos (por ejemplo, teorías científicas, concepciones filosóficas, religiosas, etc.). Y de las *presunciones* porque estas —a diferencia de los hechos— sí que pueden —o necesitan— justificarse ante el auditorio universal.

Los *valores* son objetos de acuerdo relativos a lo preferible en cuanto que presuponen una actitud sobre la realidad y no pretenden valer para el auditorio universal. O, para ser más precisos, los valores más generales (como lo verdadero, el bien, lo bello o lo justo) sólo valen para el auditorio universal a condición de no especificar su contenido; en la medida en que se precisan, se presentan solamente como conformes a las aspiraciones de ciertos grupos particulares. Ahora bien, lo que caracteriza a un auditorio no es tanto los valores que admite, cuanto la manera como los *jerarquiza*. Y una forma de justificar una jerarquía (o un valor) consiste en recurrir a premisas de orden muy general, esto es, a los *lugares comunes* o *tópicos*. La tónica vendría a constituir, pues, en la teoría de Perelman, un aspecto de la retórica.

Por otro lado, hay tipos de argumentación que se desarrollan para un auditorio no especializado, mientras que otros conciernen a auditorios particulares que se caracterizan porque en ellos valen cierto tipo de acuerdos específicos. Por ejemplo, en el derecho positivo y en la teología positiva, un *hecho* no tiene que ver ya con el acuerdo del auditorio universal; un hecho es lo que los textos permiten o exigen tratar como tal. Además, una discusión no podría tener lugar si los interlocutores pudieran poner en duda, sin ningún límite, los acuerdos de la argumentación; es decir, si no funcionara algo así como un *principio de inercia* en que se basa, por ejemplo, la técnica jurídica del precedente y, en general, la regla formal de justicia.

La inercia permite contar con lo normal, lo habitual, lo real, lo actual, y valorizarlo, ya se trate de una situación existente, de una opinión admitida o de un estado de desarrollo continuo y regular. El cambio, por el contrario, debe justificarse; una decisión, una vez tomada, sólo puede modificarse por razones suficientes (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 178).

Sin embargo, a veces se puede cometer el error consistente en apoyarse en premisas que el interlocutor no ha admitido, y se incurre por ello en petición de principio, esto es, se postula lo que se quiere probar. Pero la petición de principio no es un error de tipo lógico (una deducción lógica siempre incurriría en petición de principio, puesto que la conclusión está ya contenida en las premisas), sino un error de argumentación; consiste en un mal uso del argumento *ad hominem*: toda argumentación es —en sentido amplio— *ad hominem*, pues depende de lo que el interlocutor esté dispuesto a admitir, pero se usa mal dicho argumento cuando se supone erróneamente que el interlocutor ha aceptado ya una tesis que se intenta que admita.

Para que una argumentación sea posible, es necesario presuponer una infinidad de objetos de acuerdo. Como es imposible presentar la totalidad de esos elementos, la argumentación será necesariamente selectiva, y en dos sentidos, pues hay que elegir tanto los elementos como la forma de presentarlos. La selección cumple, por otro lado, un efecto de atribuir *presencia* a esos elementos, lo que constituye un factor esencial en la argumentación.

En la selección de lo dado, es importante estudiar el papel que juegan la interpretación, las calificaciones (epítetos y clasificaciones) y el uso de las nociones. Aquí, Perelman atribuye una gran importancia al uso de nociones oscuras (en su opinión, fuera del seno de un sistema formal, todas las nociones son en mayor o menor medida oscuras), en cuanto que permiten acuerdos de tipo muy general. Los valores universales, que son instrumentos de persuasión por excelencia —por ejemplo, el de justicia—, son también las nociones más confusas (*cf.* Perelman, 1978, pp. 3-17).

Finalmente, a propósito de la presentación de las premisas, Perelman y Olbrecht-Tyteca muestran qué papel juega la utilización de ciertas formas verbales, de las modalidades de expresión del pensamiento (por ejemplo, el uso de afirmaciones o negaciones, de aserciones, interrogaciones, prescripciones, etc.) y de las *figuras retóricas*. Estas últimas no se estudian en cuanto figuras de estilo, sino en cuanto figuras argumentativas, y aparecen clasificadas en tres grupos: figuras de elección (la definición oratoria, la perífrasis, la sinécdoque o la metonimia); de presencia (la onomatopeya, la repetición, la amplificación, la sinonimia, el pseudodiscurso directo); y de comunión (la alusión, la citación, el apóstrofe). La clasificación atiende al efecto —o al efecto predominante— que las mismas cumplen en el contexto de la presentación de los datos y que puede ser, respectiva-

mente: imponer o sugerir una elección; argumentar la presencia de un determinado elemento; crear o confirmar la comunión con el auditorio.

4. *Las técnicas argumentativas*

A. *Clasificación de los argumentos*

En el *Tratado*, Perelman y Olbrecht-Tyteca parten de una clasificación general de las técnicas argumentativas, de los argumentos, en dos grupos, según se vean como procedimientos de *enlace* (“unen elementos distintos y permiten establecer entre estos elementos una solidaridad que pretenda, bien estructurarlos, bien valorarlos positiva o negativamente”) (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 299) o de *disociación* (su objetivo es “disociar, separar, desolidarizar, elementos considerados componentes de un todo o, al menos, de un conjunto solidario en el seno de un mismo sistema de pensamiento”) (*ibidem*, pp. 299 y 300). A su vez, los primeros se clasifican en: argumentos cuasilógicos, cuya fuerza deriva de su proximidad —pero no identificación— con argumentos puramente lógicos o matemáticos; argumentos basados sobre la estructura de lo real, bien se trate de enlaces de sucesión o bien de enlaces de coexistencia; y argumentos que fundan la estructura de lo real tomando como fundamento bien el caso particular o bien la semejanza de estructuras existentes entre elementos pertenecientes a dominios distintos (analogía). Para aclarar un poco más las cosas desde el principio, puede ser útil ofrecer el siguiente cuadro que recoge la mayor parte de las técnicas argumentativas estudiadas en el *Tratado*:

TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS

De enlace o asociación:

- argumentos cuasilógicos
 - lógicos
 - contradicción
 - identidad
 - completa: definición
 - parcial:
 - regla de justicia
 - reciprocidad
 - transitividad

- matemáticos:
 - de inclusión:
 - relación parte-todo
 - relación parte-parte de un todo
 - dilema
 - argumentos jurídicos:
 - *a pari*
 - *a contrario*
 - de comparación: argumento del sacrificio
 - probabilidades
- argumentos basados en la estructura de lo real
 - enlaces de sucesión
 - basados en el nexa casual
 - argumento paradigmático
 - relación hecho-consecuencia y medio-fin
 - argumentación por etapas
 - argumento del despilfarro
 - argumento de la dirección
 - argumento de la superación
 - enlaces de coexistencia:
 - relación acto-persona: argumento de autoridad
 - relación individuo-grupo
 - relación simbólica
 - doble jerarquía
 - diferencias de grado y de orden
 - argumentos que fundan la estructura de lo real:
 - argumentación por el caso particular
 - ejemplo
 - ilustración
 - modelo
- razonamiento por analogía.

De disociación.

B. Argumentos cuasilógicos

Los argumentos cuasilógicos, que se basan en estructuras lógicas en sentido estricto, pueden hacer referencia, a su vez, a la noción de contradicción, de identidad y de transitividad.

En el plano de un discurso no formal, lo que surgen no son tanto contradicciones en sentido estricto, como incompatibilidades (estas últimas

se diferencian de las primeras en que su existencia está en función de las circunstancias, es decir, no tienen un carácter abstracto); mientras que la *contradicción formal* se vincula con la noción de absurdo, la de *incompatibilidad* va ligada con la de ridículo: una afirmación es ridícula cuando entra en conflicto, sin justificación, con una opinión admitida; a su vez, el ridículo puede lograrse a través de la ironía, que es un procedimiento consistente en querer hacer entender lo contrario de lo que se dice; el uso de la ironía implica, así, un tipo de argumentación indirecta que viene a equivaler al argumento por reducción al absurdo en geometría.

Por lo que se refiere a la noción de *identidad*, la identificación de seres, acontecimientos o conceptos es un argumento cuasilógico cuando esta operación no se considera ni arbitraria ni evidente. Se pueden distinguir dos procedimientos de identificación: la identidad completa y la identidad parcial. El procedimiento más característico de identidad completa es la definición, que puede jugar un doble papel en la argumentación, sobre todo cuando existen varias definiciones de un término del lenguaje natural: por un lado, las definiciones pueden justificarse con ayuda de argumentaciones; y, por otro lado, las definiciones son ellas mismas argumentos, esto es, sirven para hacer avanzar el razonamiento. En cuanto a la identidad parcial, aquí, a su vez, cabe distinguir entre la *regla de justicia* (que permite, por ejemplo, presentar como una argumentación cuasilógica el uso del precedente) y los argumentos de *reciprocidad*, que llevan a la aplicación del mismo trato a situaciones que no son idénticas, sino *simétricas* (una relación es simétrica, cuando si vale Rxy , entonces también vale Ryx), con lo que, en definitiva, el principio de reciprocidad (en que se basa una moral de tipo humanista, bien se trate de principios judeocristianos, como *no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti*, o bien del imperativo categórico kantiano) viene a implicar también —o a justificar— la aplicación de la regla de justicia.

Finalmente, los argumentos que se basan en la noción de *transitividad* (una relación es transitiva cuando, si vale Rxy y Ryx , entonces también vale Rxz) son especialmente aplicables cuando existen relaciones de solidaridad (*los amigos de tus amigos son mis amigos*) y antagonismo, y cuando se trata de ordenar seres o acontecimientos sobre los que no cabe confrontación directa (si A es mejor que B y B es mejor que C , entonces A es mejor que C).

La noción matemática de *inclusión* puede entenderse en el sentido de la relación entre las partes y el todo, de donde surgen diversos tipos de argu-

mentos (por ejemplo, el valor de la parte es proporcional a lo que representa en comparación con el todo), o bien como relación entre las partes resultantes de la división de un todo. Esto último, es decir, el argumento de la división, es la base del *dilema* (una de cuyas formas consiste en mostrar que de dos posibles opciones que se presentan en una situación, ambas conducen a un resultado inaceptable), pero también de los argumentos jurídicos *a pari* (lo que vale para una especie vale también para otra especie del mismo género) o *a contrario* (lo que vale para una no vale para la otra, porque se entiende que esta última es una excepción a una regla sobreentendida referente al género).

En los argumentos de comparación (en los que está subyacente la idea de *medida*, susceptible hasta cierto punto de prueba) se confrontan varios objetos para evaluarlos unos en relación con otros. Un argumento de comparación frecuentemente usado es el que se vale del *sacrificio* que se está dispuesto a sufrir para obtener cierto resultado y que está en la base de todo sistema de intercambio económico (por ejemplo, en la compra-venta), aunque el argumento no se limita al campo económico.

Los argumentos que se basan en la noción de *probabilidad*, en fin, son característicos de la tradición utilitarista, y uno de los efectos de su uso es el de dotar de un carácter más empírico al problema sobre el que se discute.

C. Argumentos basados en la estructura de lo real

Los argumentos fundamentados en la estructura de lo real se sirven de enlaces de sucesión o de coexistencia para establecer una solidaridad entre juicios admitidos y otros que se tratan de promover. Los que se aplican a enlaces de sucesión “unen un fenómeno con sus consecuencias o sus causas” (Perelman y Obrecht-Tyteca, 1989, p. 404). Aquí se incluye, por ejemplo, el *argumento pragmático*, que permite apreciar un acto o un acontecimiento con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables. Este tipo de argumento juega un papel tan esencial que a veces se ha querido reducir a él toda argumentación razonable.⁹ Esto, en opinión de Perelman, no es aceptable, pues su uso plantea diversas dificultades (como la de establecer todas las consecuencias de un acto o distinguir las consecuencias favorables de las desfavorables) que sólo pueden resolverse recurriendo a argumentos de otros tipos. También se sirven de un enla-

9 Como hace, por ejemplo, Bentham (*cf.* Perelman, 1958).

ce de sucesión los argumentos que consisten en interpretar un acontecimiento según la relación *hecho-consecuencia* o bien *medio-fin* (los fines, a diferencia de las consecuencias, son queridos, esto es, tienen carácter voluntario). O, en fin, los que se basan, en general, en la relación medio-fin, que son tan importantes en la filosofía política.

Además, en este apartado se incluyen también otros argumentos que se refieren a la sucesión de dos o más acontecimientos y que, sin excluir necesariamente la idea de causalidad, no la ponen —como los anteriores— en un primer plano. Así ocurre con el *argumento del despilfarro*, que consiste en sostener que, puesto que ya se ha comenzado una obra y se han aceptado sacrificios que serían inútiles en caso de renunciar a la empresa, es preciso proseguir en la misma dirección; con el *argumento de la dirección*, que consiste esencialmente en la advertencia contra el uso del procedimiento de las etapas (si se cede esta vez, se deberá ceder un poco más la próxima vez, hasta llegar...); o con el *argumento de la superación (depasement)*, que insiste en la posibilidad de ir siempre en un sentido determinado sin que se entrevea un límite en esta dirección, y esto con un crecimiento continuo de valor.

Los argumentos fundamentados en la estructura de lo real que se emplean en los enlaces de coexistencia, “asocian a una persona con sus actos, un grupo con los individuos que lo componen y, en general, una esencia con sus manifestaciones” (*ibidem*, p. 404). La relación *acto-persona* da lugar a diversos tipos de argumentos, pues tanto cabe que los actos influyan sobre la concepción de la persona, como que sea la persona quien influya sobre sus actos; o que se den relaciones de interacción en que no es posible dar primacía a ninguno de los dos elementos.

Un tipo característico de argumento basado en la relación acto-persona (y, en particular, en el prestigio de una persona o grupo de personas) es el *argumento de autoridad*, que se sirve de dicha relación como medio de prueba a favor de una tesis. Para Perelman, la legitimidad de este argumento no puede ponerse en cuestión de manera general, pues cumple un papel muy importante, especialmente cuando la argumentación trata con problemas que no conciernen simplemente a la noción de verdad. Este es, por ejemplo, el caso del derecho, donde el precedente judicial se basa precisamente en la noción de autoridad. Las relaciones entre un grupo y sus miembros pueden analizarse en términos esencialmente semejantes a la relación acto-persona. Y lo mismo ocurre cuando se conectan fenómenos particulares con otros que se consideran la expresión de una esencia.

Perelman entiende también que es útil aproximar a los enlaces de coexistencia los enlaces simbólicos, que conectan el símbolo a lo que simboliza, estableciendo entre ambos elementos una relación de *participación*: el símbolo se distingue del signo, porque la relación entre el símbolo y lo simbolizado no es puramente convencional (por ejemplo, el león es símbolo de valor, la cruz es símbolo del cristianismo, etc.).

Los enlaces de coexistencia, en fin, pueden servir también de base a argumentos más complejos, como el *argumento de doble jerarquía*: una jerarquía entre valores se justifica por medio de otra jerarquía; por ejemplo, la jerarquía de las personas acarrea una gradación de los sentimientos, acciones, etc., que emanan de ellas. Y los *argumentos relativos a las diferencias de orden y de grado*: un cambio de grado o cuantitativo puede dar origen a un cambio de naturaleza, un cambio cualitativo, lo que da lugar a diversos tipos de argumentos; por ejemplo, a sostener que no se debe realizar una acción que implique un cambio del primer tipo si hay razones para no desear un cambio del segundo tipo.

D. Argumentos que fundan la estructura de lo real

Los enlaces que fundan la estructura de lo real recurriendo al caso particular dan lugar esencialmente a tres tipos de argumentos: el ejemplo, la ilustración y el modelo. En la argumentación por el *ejemplo*, el caso particular sirve para permitir una generalización: en las ciencias se tratará de formular una ley general, mientras que en el derecho, la invocación del precedente equivale a considerarlo como un ejemplo que funda una regla nueva (la que se expresa en la *ratio decidendi*). A diferencia del ejemplo, la *ilustración* afianza (pero no fundamenta) una regularidad ya establecida: así, una determinada disposición jurídica se verá como una ilustración de un principio general en cuanto que hace patente el principio el cual, sin embargo, no debe su existencia a dicha disposición. En fin, en el *modelo*, un comportamiento particular sirve para incitar a una acción que se inspira en él.

El razonamiento por analogía, tal y como lo entiende Perelman (*cfr.* Atienza, 1986), no coincide con lo que los juristas denominan así, es decir, con el argumento *a simili* o *a pari*, y de ahí que Perelman piense que no tiene gran importancia en el derecho. En el *Tratado*, la analogía se concibe como una similitud de estructuras, cuya fórmula general sería:

$A/B = C/D$ (por ejemplo, los casos no previstos son al derecho lo que las lagunas a la superficie terrestre), y en donde se cumplen las siguientes condiciones: 1) el conjunto de los términos C y D , llamado *foro*, debe ser mejor conocido que el conjunto de los términos A y B , denominado *tema*; de esta manera, el foro permite aclarar la estructura o establecer el valor del tema. 2) Entre el tema y el foro debe existir una relación de asimetría, de tal manera que de $A/B = C/D$ no puede pasarse a afirmar también $C/D = A/B$; en esto se diferencia la analogía de una simple proporción matemática (si $2/3 = 6/9$, entonces también vale $6/9 = 2/3$). 3) Tema y foro deben pertenecer a dominios diferentes; si pertenecieran a un mismo dominio y pudieran subsumirse bajo una estructura común, estaríamos ante un ejemplo o una ilustración. 4) La relación de semejanza, por último, es una relación que se establece entre estructuras, no entre términos; no es tanto, por así decirlo, una relación de semejanza, como una semejanza de relaciones. Esto permite diferenciar la analogía de la identidad parcial, del argumento *a pari* y de la metáfora que Perelman considera como una “analogía condensada” (cfr. Perelman, 1969b). La metáfora es, concretamente, el resultado de la fusión de un elemento del foro con un elemento del tema; así, partiendo del ejemplo anterior, se utiliza una metáfora cuando se llama a un caso no previsto (A) una laguna del derecho (C de B).

E. Argumentos de disociación

Mientras que las técnicas de ruptura de enlaces consisten en afirmar que están indebidamente asociados elementos que deberían permanecer separados e independientes (y por eso se estudian en relación con los diversos argumentos de enlace o asociación), “la disociación presupone la unidad primitiva de dos elementos confundidos en el seno de una misma concepción, designados por una misma noción”; con la disociación “ya no se trata de romper los hilos que enlazan dos elementos aislados, sino de modificar su propia estructura” (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989, p. 628). Así, la disociación de las nociones consiste en una transformación “provocada siempre por el deseo de suprimir una incompatibilidad, nacida de la confrontación de una tesis con otras, ya se trate de normas, hechos o verdades” (*ibidem*, p. 629). Un ejemplo de utilización de un argumento de disociación lo constituye la introducción por un jurista de una distinción dirigida a conciliar normas que de otra forma serían incompati-

bles (es la misma función que cumplían los *distinguo* de la teología escolástica). El prototipo de toda disociación es la pareja apariencia-realidad, que surge de la necesidad de evitar incompatibilidades entre apariencias que no pueden ser consideradas todas expresión de la realidad, si se parte de la hipótesis de que todos los aspectos de lo real son compatibles entre sí; por ejemplo, el palo hundido parcialmente en el agua parece que está doblado cuando lo miramos y recto cuando lo tocamos, pero en realidad no puede estar recto y doblado al mismo tiempo. Del mismo modo, el hombre no puede ser al mismo tiempo libre y esclavo, lo que llevó a Rousseau a distinguir entre el estado de sociedad civil (en que el hombre aparece encadenado como consecuencia, sobre todo, de la invención de la propiedad privada) y el estado de naturaleza (en que el hombre es ciertamente un ser libre). Perelman y Olbrecht-Tyteca llaman “parejas filosóficas” a las que resultan (a semejanza de la pareja apariencia/realidad) de una disociación de las nociones: por ejemplo, medio/fin; consecuencia/hecho o principio; acto/persona; relativo/absoluto; teoría/práctica; letra/espíritu. Estas parejas se usan en todos los niveles y dominios y juegan un papel eminente en cuanto expresión de una determinada visión del mundo (*cf.* Olbrecht-Tyteca, 1979).

F. Interacción y fuerza de los argumentos

El análisis anterior de los argumentos es, sin embargo, insuficiente. Por un lado, porque la clasificación no es exhaustiva ni permite tampoco diferenciar clases de argumentos que se excluyan mutuamente. Es decir, un mismo argumento real puede explicarse a partir de diversas técnicas argumentativas: el precedente —como hemos visto— sería un supuesto de aplicación de la regla de justicia, pero también de uso del argumento de autoridad y del argumento a partir de ejemplos; y la definición no es sólo un instrumento de la argumentación cuasilógica, sino también un instrumento de disociación, si se usa para diferenciar el sentido aparente de una noción de su significado verdadero (*cf.* Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989, pp. 675 y ss.).

Por otro lado, lo que importa en la argumentación no es tanto los elementos aislados los argumentos- cuanto el todo del que forman parte. Como antes se dijo, todos los elementos de la argumentación están en constante interacción, lo cual se produce desde varios puntos de vista:

“interacción entre diversos argumentos enunciados, interacción entre éstos y el conjunto de la situación argumentativa, entre éstos y su conclusión y, por último, interacción entre los argumentos contenidos en el discurso y los que tienen a este último por objeto” (*ibidem*, p. 699). El orador deberá tener en cuenta este complejo fenómeno de interacción a la hora de elegir sus argumentos, así como la amplitud y el orden de la argumentación. Para ello tendrá que guiarse por una noción confusa pero indispensable, la de *fuerza de los argumentos*.

En el *Tratado* se sugieren diversos criterios para valorar la fuerza de los argumentos, pero el principio que se considera capital es el de la *adaptación al auditorio*. Sin embargo, esto puede entenderse de dos maneras, en cuanto que puede pensarse que un argumento sólido es un argumento *eficaz* que determina la adhesión a un auditorio, o bien un argumento válido, es decir, un argumento que debería determinar dicha adhesión. Según Perelman, independientemente de la importancia que tenga tanto el elemento descriptivo —la eficacia— como el normativo —la validez— para la apreciación de la fuerza de los argumentos, lo cierto es que “en la práctica se distingue entre argumentos fuertes y argumentos débiles” (*ibidem*, p. 705). Aunque este sea uno de los puntos más oscuros del *Tratado*, Perelman parece sugerir un doble criterio: uno que se aplica a todos los argumentos en general y otro característico de cada uno de los campos de la argumentación.

Nuestra tesis consiste en que se aprecia esta fuerza gracias a la regla de justicia: lo que, en cierta situación, ha podido convencer, parecerá convincente en una situación semejante, o análoga. En cada disciplina particular, el acercamiento entre situaciones será objeto de un examen y de un refinamiento constantes. Toda iniciación en un campo racionalmente sistematizado, no sólo proporciona el conocimiento de los hechos y las verdades de la rama en cuestión, de su terminología específica, de la manera en que se han de emplear los instrumentos de que dispone, sino también educa sobre la apreciación del poder de los argumentos utilizados en esta materia. Así pues, la fuerza de los argumentos depende en gran medida de un contexto tradicional (*ibidem*, p. 705).

III. LA LÓGICA COMO ARGUMENTACIÓN

Como antes vimos, Perelman distingue entre una retórica general y una retórica aplicada a campos específicos, como el caso del derecho. Al estu-

dio de las técnicas y razonamientos propios de los juristas lo llama, sin embargo, *lógica jurídica*. Pero la lógica jurista no es, para Perelman, una rama de la lógica formal aplicada al derecho, porque los razonamientos jurídicos no pueden reducirse en absoluto a razonamientos lógico-formales (y de ahí sus diferencias con Kalinowski o Klug), sino —como hemos dicho— una rama de la retórica: la argumentación jurídica es, incluso, el paradigma de la argumentación retórica. En definitiva, se trata de nuevo de la distinción entre razonamientos analíticos y dialécticos, que se remonta a Aristóteles:

El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas... La lógica jurídica, especialmente la judicial... se presenta, en conclusión, no como una lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión, y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad (Perelman, 1979b, pp. 232-233).

Sin embargo, Perelman va más allá de Aristóteles (*cfr.* Alexy, 1978, p. 159), pues mientras que este entiende que la estructura del razonamiento dialéctico es la misma que la del silogismo (la diferencia radicaría exclusivamente en la naturaleza de las premisas; en el caso del razonamiento dialéctico son sólo plausibles), Perelman entiende que el paso de las premisas a la conclusión difiere en la argumentación:

Mientras que en el silogismo, el paso de las premisas a la conclusión es necesario, no ocurre lo mismo cuando se trata de pasar de un argumento a una decisión. Este paso no puede ser en modo alguno necesario, pues, si lo fuera, no nos encontraríamos en modo alguno ante una decisión, que supone siempre la posibilidad de decidir de otra manera o de no tomar ninguna decisión (Perelman, 1979b, p. 11).

Por otro lado, la especificidad del razonamiento jurídico parece consistir en lo siguiente: a diferencia de lo que ocurre en las ciencias (especialmente en las ciencias deductivas) y a semejanza de lo que ocurre en la filosofía y en las ciencias humanas, en la argumentación jurídica resulta difícil lograr un acuerdo entre las partes; es decir, la argumentación tiene el carácter de una controversia. Sin embargo, esta dificultad consigue su-

perarse mediante la imposición de una decisión por la vía de la autoridad, mientras que en la filosofía y en las ciencias humanas, cada una de las partes permanece en sus posiciones. En particular, la autoridad judicial juega, en la concepción de Perelman, un papel central, y de ahí que considere que en el procedimiento judicial es donde “el razonamiento jurídico se manifiesta por antonomasia” (*ibidem*, p. 201).

Puesto que la lógica jurídica está ligada a la idea que se tiene del derecho, Perelman traza una evolución histórica tanto del concepto de derecho como de las técnicas del razonamiento jurídico en Roma y en la Edad Media (esforzándose por mostrar cómo el derecho se elabora según un modelo dialéctico o argumentativo), hasta llegar a los teóricos iusracionalistas de los siglos XVII y XVIII, que trataron de construir una jurisprudencia universal fundada en principios racionales siguiendo un modelo de razonamiento deductivo. A este ideal de jurisprudencia universal se opusieron tres tesis: la de Hobbes (el derecho no es expresión de la razón, sino de la voluntad soberana), la de Montesquieu (las leyes son expresión de la razón, pero relativas a un medio social, a una época histórica, etc.) y la de Rousseau (el derecho es producto de la voluntad general de la nación), que confluyeron en la revolución francesa y determinaron la nueva concepción del derecho y del razonamiento jurídico, que surge de allí. En efecto, con la Revolución francesa (y el subsiguiente Código de Napoleón) tienen lugar una serie de cambios fundamentales: el derecho se entiende como el conjunto de leyes que son expresión de la soberanía nacional; aparecen sistemas jurídicos bien elaborados; el papel de los jueces se reduce al mínimo, y se establece la obligación de motivar las sentencias, las cuales pasan a ser también objeto de conocimiento público.

A partir del Código de Napoleón, en el continente europeo se habrían sucedido básicamente —de acuerdo con la exposición de Perelman— tres teorías relativas al razonamiento judicial. La primera de ellas, la de la *escuela de la exégesis*, habría dominado en el pensamiento jurídico continental¹⁰ hasta aproximadamente 1880. Se caracteriza por su concepción del derecho como un sistema deductivo y por la configuración que hace del razonamiento judicial, según la conocida teoría del silogismo. Al juez sólo

10 En su bosquejo histórico, Perelman parece haberse olvidado de la escuela histórica alemana y de la jurisprudencia de conceptos.

le preocupa que su decisión sea conforme a derecho, y no entra a considerar las posibles consecuencias o el carácter razonable o no de la misma.

A la segunda concepción Perelman la denomina *teleológica, funcional y sociológica*, y sus orígenes estarían en la obra de Ihering (el *segundo Ihering*, para ser más exactos). El derecho no se entiende ya como un “sistema más o menos cerrado, que los jueces deben aplicar utilizando métodos deductivos a partir de unos textos convenientemente interpretados. Por el contrario, es un medio del que el legislador se sirve para alcanzar unos fines y para promover unos determinados valores” (*ibidem*, p. 74). Por tanto, el juez no puede contentarse ya con efectuar una simple deducción silogística, sino que debe remontarse a la *intención* del legislador, pues lo que cuenta, sobre todo, es el fin social que este persigue, y de ahí que el juez se vea obligado a salirse de los esquemas de la lógica formal y a utilizar diversas técnicas *argumentativas* en la indagación de la voluntad del legislador (argumentos *a simili*, *a contrario*, psicológico, teleológico, etc.).

La tercera concepción, que se puede denominar concepción tópica del razonamiento jurídico, predomina, según Perelman, en el razonamiento judicial de los países occidentales después de 1945. Tras la experiencia del régimen nacional-socialista, habría surgido en los países continentales europeos una tendencia a aumentar los poderes de los jueces en la elaboración del derecho, con lo cual se habría operado también una aproximación entre el sistema jurídico continental y el anglosajón y sus correspondientes concepciones del razonamiento jurídico (judicial). La experiencia nazi ha supuesto, para Perelman, la crítica definitiva al positivismo jurídico y a su pretensión de eliminar del derecho toda referencia a la justicia. En definitiva, la nueva concepción del derecho estaría caracterizada por la importancia atribuida a los principios generales del derecho y a los lugares específicos del derecho (los tópicos jurídicos). El razonamiento jurídico no es ya ni “una simple deducción silogística”, ni tampoco “la simple búsqueda de una solución equitativa”, sino “la búsqueda de una síntesis en la que se tenga en cuenta a la vez el valor de la solución y su conformidad con el derecho” (*ibidem*, p. 114). O, dicho de otra forma, la conciliación de los valores de equidad y seguridad jurídica, la búsqueda de una solución que sea “no sólo conforme con la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable” (*ibidem*, p. 178).

IV. UNA VALORACIÓN CRÍTICA DE LA TEORÍA DE PERELMAN

1. *Una teoría de la razón práctica*

La importancia de la obra de Perelman —como muchas veces se ha escrito— radica esencialmente en su intento de rehabilitar la razón práctica, es decir, de introducir algún tipo de racionalidad en la discusión de cuestiones concernientes a la moral, el derecho, la política, etc., y que venga a significar algo así como una vía intermedia entre la razón teórica (la de las ciencias lógico-experimentales) y la pura y simple irracionalidad. Además, su propuesta se caracteriza no sólo por la amplitud con que concibe la argumentación, sino también porque toma en cuenta los razonamientos prácticos tal y como se presentan en la realidad.¹¹ En fin, la importancia concedida al eje pragmático del lenguaje (el objetivo de la argumentación es persuadir), al contexto social y cultural en que se desarrolla la argumentación, al principio de universalidad (la regla de justicia) o a las nociones de acuerdo y de auditorio (sobre todo, de auditorio universal), anticipa elementos esenciales de otras teorías de la argumentación que hoy centran el debate concerniente a la razón práctica. Como ejemplo bastará señalar las analogías entre la noción de auditorio universal y la de comunidad ideal de diálogo habermasiana, aunque este no sea el único punto de coincidencia entre Perelman y Habermas (*cf.* Alexy, 1978, pp. 156 y ss.).

Todos estos elementos han contribuido, sin duda, a que la obra de Perelman haya tenido una amplísima difusión y en ámbitos muy diversos que van desde la teoría del derecho a la teoría de la comunicación, pasando por la ciencia política, la filosofía moral, etc.¹² Lo que no está claro, sin embargo, es que la *Nueva retórica* haya logrado realmente sentar las bases de una teoría de la argumentación que pueda cumplir las funciones —descriptivas y prescriptivas— que le atribuye Perelman; de hecho, la recepción de su obra ha sido, con cierta frecuencia, una recepción crítica.

11 Cfr. Perelman (1968, p. 185); también Zyskind (1979, p. 31) y Arnold (1986, p. 41). En *La lógica jurídica y la retórica* (Perelman, 1979b), hay también abundante material de razonamientos jurídicos extraídos fundamentalmente de sentencias de jueces franceses y belgas.

12 Cfr. Perelman (1968, p. 185); también Zyskind (1979, p. 31) y Arnold (1986, p. 41). En *La lógica jurídica y la retórica* (Perelman, 1979b), hay también abundante material de razonamientos jurídicos extraídos fundamentalmente de sentencias de jueces franceses y belgas.

Dividiré en tres apartados las objeciones que se le pueden poner —y que se le han puesto—, según que se trate de una crítica conceptual, de una crítica ideológica, o de una crítica relativa a su concepción del derecho y del razonamiento jurídico.

2. *Crítica conceptual*

Podría decirse que el pecado capital de Perelman, desde el punto de vista teórico, es la falta de claridad de prácticamente todos los conceptos centrales de su concepción de la retórica. También es cierto que el propio Perelman ha defendido la tesis de que las nociones confusas no sólo son inevitables, sino que juegan un papel muy importante en la argumentación. Pero ello no le pone a salvo —me parece— de la crítica. En primer lugar, porque la oscuridad conceptual tiene, desde luego, que tener un límite —algo en lo que el propio Perelman está de acuerdo, aunque seguramente no lo haya practicado siempre—, para que el uso no se convierta en abuso. Y, en segundo lugar, porque una cosa es argumentar sobre cuestiones prácticas y otra distinta es escribir una obra teórica sobre la argumentación: en el primer caso se trata —cabe pensar— de persuadir, y para ello puede ser útil manejar nociones confusas; pero en el segundo se trata, por el contrario, de explicar, y una explicación mediante nociones confusas es precisamente eso, una explicación confusa, pero no una buena explicación. Veamos algunos ejemplos de ello.

A. *Sobre la clasificación de los argumentos*

La clasificación de los argumentos que aparece en el *Tratado* dista bastante de ser clara e incluso útil. Por un lado, la distinción entre procedimientos de asociación y de disociación parece artificiosa, pues las dos técnicas se implican recíprocamente (*cfr.* Pieretti, 1969, p. 104). Prueba de esta artificiosidad es que en el *Tratado* se considera que la técnica del distinguo escolástico es un ejemplo de disociación, mientras que en *La lógica jurídica y la nueva retórica* (Perelman, 1979b, p. 19), se vincula a los argumentos jurídicos *a simili*, *a fortiori* y *a contrario* los cuales, en el *Tratado*, formaban parte de los argumentos cuasilógicos. Ya vimos que Perelman insistía en que la clasificación que él ofrecía de los argumentos era en cierto sentido arbitraria. Pero la arbitrariedad llega hasta el extre-

mo de que, a la hora de clasificar los argumentos, los supuestos de duda son más que los de claridad; entonces lo que no se ve es la utilidad de emprender tal esfuerzo clasificatorio. Por otro lado, con respecto a la clasificación entre argumentos cuasilógicos, argumentos que se basan en la estructura de lo real y argumentos que fundamentan la estructura de lo real, lo que no queda claro es cuál sea el criterio de clasificación utilizado (*cfr.* Pieretti, 1969, pp. 105 y ss), y, especialmente, en qué consiste la distinción entre los dos últimos tipos de argumentos (*cfr.* Alexy, 1978, p. 167). Como consecuencia de todo ello, uno de los grandes esfuerzos emprendidos por Perelman, el del análisis de las diversas técnicas argumentativas, queda, en buena medida, desvalorizado, pues el análisis de la estructura de cada argumentos no puede considerarse satisfactorio cuando no está claro cuál es el marco en que se inserta y, por tanto, cómo se relacionan entre sí las diversas estructuras.

B. *Sobre la fuerza de los argumentos*

La noción de fuerza de un argumento —obviamente central para cualquier teoría de la argumentación— es también susceptible de diversos tipos de crítica. Dejando a un lado el problema de hasta qué punto se trata de una noción descriptiva o prescriptiva, en el *Tratado* (según la reconstrucción que hace Apostel [*cfr.* Apostel, 1979 y también Fisher, 1986, p. 100]), la fuerza de un argumento dependería de diversos factores, como la intensidad de la aceptación por un auditorio, la relevancia del argumento para los propósitos del orador y del auditorio, la posibilidad de ser refutado (es decir, hasta qué punto el auditorio acepta ciertas creencias que permitirían refutar el argumento) y las reacciones de un auditorio considerado jerárquicamente superior (un argumento es más fuerte que otro si un auditorio cree que dicho argumento tendría más fuerza para un auditorio al que considera jerárquicamente superior).

A partir de aquí, Apostel condensa su crítica en cinco puntos, de los cuales los tres primeros se refieren a problemas conceptuales relativos a la definición de fuerza de un argumento, y los dos últimos a los procedimientos inductivos para descubrir dicha fuerza. En síntesis, los puntos serían éstos: 1) a los criterios aludidos por Perelman y Olbrecht-Tyteca habría que añadir al menos otro más concerniente a la estructura del argumento, esto es, a la relación entre las premisas y la conclusión. 2) Se

necesitarían reglas que no se suministran— sobre cómo combinar entre sí los criterios anteriores. 3) Los conceptos utilizados en esos criterios no se definen de una sola manera; por ejemplo, los diferentes miembros de un auditorio no aceptan las diferentes premisas en un grado igual; el grado de aceptación no permanece constante durante todo el tiempo en que se desarrolla el argumento; el orador y el auditorio persiguen diferentes propósitos, etc. 4) Para descubrir cuál es el grado de aceptación de un argumento, su relevancia, etc., tendríamos que descubrir previamente cuál es la fuerza del discurso en cuyo contexto se desarrolla el argumento; ahora bien, esto último es algo considerablemente complejo de fijar, pues la fuerza del discurso está en función de un determinado orador, tiempo y contexto. 5) Aunque fuera posible resolver el problema anterior, nos encontraríamos con la dificultad de pasar de la fuerza de un discurso a la fuerza de un argumento: un argumento se usa en cierto lugar del discurso, va acompañado de otros argumentos que interaccionan con él, etc. En definitiva, no parece que la *Nueva Retórica* suministre criterios operativos para distinguir los argumentos fuertes de los débiles, si a la noción de fuerza de un argumento se le atribuye un significado empírico.

C. *El auditorio universal*

Sin embargo, a pesar de lo anterior, podría pensarse que en Perelman sí que existe un modo de distinguir los buenos de los malos argumentos cuando esta noción se interpreta en un sentido más bien normativo que empírico. Un buen argumento —un argumento fuerte— es el que valdría frente al auditorio universal. Esta noción, como ya se ha dicho, desempeña un papel central en la construcción perelmaniana, pero hay algunas razones para dudar de su solidez. Con bastante frecuencia se ha señalado que el concepto de auditorio universal de Perelman es ambiguo, pero la ambigüedad no se ha visto siempre de la misma manera.

Aarnio, por ejemplo (1987, p. 221), cifra la ambigüedad en que el auditorio universal tiene, por un lado, un carácter ideal (el auditorio universal sería “la humanidad ilustrada”), pero, al mismo tiempo, está históricamente y culturalmente determinado, es decir, depende de hechos contingentes. Desde luego, es cierto que una teoría realista de la argumentación tiene que dar cuenta tanto del postulado de la racionalidad como de la relatividad histórica y social de la argumentación (*cf.* New-

mann, 1986, p. 69), pero ello no se consigue simplemente construyendo conceptos en los que ambas dimensiones aparecen sin ningún tipo de articulación o, al menos, sin ninguna articulación convincente.

Alexy, por su lado, parece aceptar el carácter ideal de la noción, pero entiende que en Perelman se encuentran dos sentidos distintos de auditorio universal. Por un lado, el auditorio universal sería una construcción del orador (de ahí su carácter *ideal*), que, por tanto, depende de las ideas de individuos particulares y de diversas culturas. Pero, en ese caso, un auditorio sólo es un auditorio universal par quien lo reconoce como tal, con lo que el papel normativo de la noción resulta seriamente limitado (cfr. Alexy, 1978a, p. 162). Por otro lado, en Perelman hay otra noción de auditorio universal que se inspira en el imperativo categórico de Kant¹³ y que se formula así: *Debes comportarse como si fueras un juez cuya ratio decidendi deba proporcionar un principio válido para todos los hombres*. El acuerdo del auditorio universal es el acuerdo *de todos los seres racionales* o simplemente *de todos*. Alexy entiende que, a partir de aquí, el auditorio universal puede determinarse como “la totalidad de los hombres en el estado en que se encontrarían si hubieran desarrollado sus capacidades argumentativas” y que tal estado se corresponde con la habermasiana situación ideal de diálogo (Alexy, 1978a, p. 163; cfr. *infra*, capítulo sexto, apartado I.1). Alexy no excluye el que ambas determinaciones sean compatibles, pero, en ese caso, duda de que un concepto tan ampliamente formulado pueda servir como medida para valorar los argumentos.

En fin, Gianformaggio ve la ambigüedad de la noción desde otra vertiente. También para ella el concepto es, efectivamente, susceptible de dos interpretaciones diferentes. La primera implica la idea de que argumenta frente a un auditorio universal quien argumenta con seriedad y de buena fe y está convencido de las conclusiones que sostiene y de los procedimientos que utiliza; así interpretada, la noción no sería problemática, pero resultaría más bien banal, y, desde luego, el interés que se ha puesto en la misma no estaría justificado. Según la segunda interpretación, argumenta frente al auditorio universal quien no argumenta *ad hominem*, es

13 Alexy cita a este respecto la obra de Perelman, *Fünf Vorlesungen über Gerechtigkeit* (Perelman, 1967a). Por otro lado, es interesante tener en cuenta (cfr. Golden, 1986, p. 287 y Perelman, 1986, p. 14) que, para la formulación de este concepto, Perelman parece haberse inspirado en Santo Tomás, Aristóteles y Kant. Quizás esta diversidad de las fuentes explique, en parte, la ambigüedad que puede encontrarse en la noción.

decir, quien no sólo está convencido de la corrección y de la lealtad del procedimiento que usa, sino que está también convencido de la evidencia en el *Tratado*; si se asumen conscientemente juicios de valor como premisas de la argumentación, entonces sería lógicamente imposible dirigirse al auditorio universal, pues los juicios de valor únicamente valen frente a auditorios particulares (*cfr.* Gianformaggio, 1973, pp. 218-219).¹⁴

Como conclusión quizás pudiera decirse que el auditorio universal perelmiano es, más que un concepto cuidadosamente elaborado, simplemente una intuición feliz.

3. *Crítica ideológica*

Pero si el pecado capital de Perelman, desde el punto de vista teórico, es la falta de claridad conceptual, desde el punto de vista práctico lo es el conservadurismo, ideológico. Este conservadurismo, por otro lado, tiene bastante que ver con la oscuridad de las nociones que configuran el aspecto normativo de la teoría, esto es, las que configuran los criterios de la buena argumentación, como es el caso de los conceptos de pluralismo, razonabilidad e imparcialidad que, en último término, se remiten a los de regla de justicia y auditorio universal.

La filosofía de Perelman es, expresamente, una filosofía del pluralismo. Y esta confusa noción (*cfr.* Perelman, 1979a, p. 5)¹⁵ parece significar lo siguiente. El pluralismo parte de que la vida social consiste tanto en esfuerzos de colaboración como en conflictos entre individuos y grupos. Estos conflictos son inevitables y recurrentes y, por tanto, lo único que cabe es canalizarlos a través de instituciones que respeten en la mayor medida posible a los individuos y los grupos y eviten, por tanto, el uso de la violencia. El pluralismo “renuncia a un orden perfecto elaborado en función de un solo criterio, pues admite la existencia de un pluralismo de valores incompatibles. De ahí la necesidad de compromisos razonables, resultantes de un diálogo permanente, de una confrontación de puntos de vista opuestos” (Perelman, 1979a, p. 11). Los legisladores, los tribunales y la jurisprudencia de un Estado pluralista (la forma de Estado que Perel-

14 Sin embargo, en un trabajo posterior al *Tratado* (Perelman, 1977a), Perelman parece considerar que las cuestiones que se refieren a lo preferible también pueden discutirse ante el auditorio universal (*cfr.* Alexy, 1978a, p. 165).

15 Perelman se inspira expresamente en su maestro Eugène Depréel.

man considera justificada) son las instituciones encargadas de establecer y mantener un equilibrio entre pretensiones contrapuestas pero legítimas. Ello significa que habrán de tomar decisiones razonables; no soluciones perfectas, únicas y definitivas, sino soluciones aceptables, modificables y perceptibles (*cfr. ibidem*, p. 17).

Añadir aquí que la noción de *razonabilidad* es también una noción confusa resulta seguramente innecesario. En cualquier caso, con esta idea¹⁶ Perelman pretende abrir una vía intermedia entre lo racional (es decir, las razones necesarias, constringentes) y lo irracional (lo arbitrario), entre una concepción unilateralmente racionalista y una concepción unilateralmente voluntarista del derecho (*cfr. Bobbio*, 1986, p. 166). En relación con el discurso jurídico, lo razonable marca incluso los límites de lo jurídico “lo que es irrazonable no es de Derecho” [Perelman, 1984, p. 19]) y, en cuanto idea regulativa, tiene un valor superior incluso a la noción de justicia o equidad:

El límite así trazado me parece que define mejor el funcionamiento de las instituciones jurídicas que la idea de justicia o de equidad, ligada a una cierta igualdad o a una cierta proporcionalidad pues, como hemos visto con diversos ejemplos, lo irrazonable puede resultar del ridículo o de lo inapropiado, y no solamente de lo inocuo o de lo inequitativo (*ibidem*, p. 19).

Dejando a un lado la cuestión de si Perelman usa o no la noción con el sentido habitual entre los juristas, y la de si existe una dialéctica —como sugiere Perelman—, o bien un paralelismo entre lo racional y lo razonable en el derecho (*cfr. Laughin*, 1986), lo cierto es que Perelman parece usar este concepto con cierta ambigüedad. Qué sea lo razonable se define, como no podría ser de otra forma, en función de un auditorio, pero ese auditorio —por ejemplo, en el caso del derecho— no es tanto el auditorio universal (entendido como los miembros esclarecidos de la sociedad), como un auditorio particular configurado por los expertos en derecho, los tribunales superiores o el legislador:

El juez [...] deberá juzgar no inspirándose en su visión subjetiva, sino tratando de reflejar la visión común tanto de los miembros esclarecidos de la sociedad en la que vive, como las opiniones y tradiciones dominantes en su medio profesional. En efecto, el juez [...] debe esforzarse por tratar de efec-

16 Sobre la razonabilidad en el derecho, *cfr. Atienza* (1989a).

tuar juicios que sean aceptados tanto por los tribunales superiores, la opinión pública esclarecida, como —cuando se trata de decisiones de la Corte de Casación— por el legislador, que no dejará de reaccionar si las decisiones de la Corte Suprema le parecen inaceptables (Perelman, 1979a, p. 12).

El problema, naturalmente, consiste en si el equilibrio entre opiniones contrapuestas que se asocia con la noción de razonabilidad se puede lograr siempre. Desde luego, hay bastantes razones para ponerlo en duda. Los casos difíciles, por definición, son aquellos respecto de los cuales la opinión pública —esclarecida o no— está dividida de tal manera que no es posible tomar una decisión que pueda satisfacer a unos y otros. Sirva como ejemplo la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos (en el famoso caso *Roe contra Wade*, de 1973), la cual reconocía el derecho al aborto, que se apoyaría en el derecho fundamental a la *privacy*. El caso no sólo dividió en dos partes casi iguales a los miembros del tribunal, sino también a los juristas profesionales y a la sociedad en general.¹⁷ ¿Cuál sería, en un caso como este, la decisión razonable?

Según Perelman, el concepto de decisión razonable varía no sólo histórica y socialmente (es decir, lo que es razonable en una determinada sociedad y en un cierto momento puede dejar de serlo en otro medio o en otra época), sino que, además, en un mismo momento histórico y medio social puede haber una pluralidad de decisiones posibles, de decisiones razonables (*cfr.* Haerscher, 1986, p. 225; Wroblewski, 1986, p. 184; Alexy, 1978, p. 170). Pero entonces, ¿qué decisión tomar? ¿Estarían todas ellas —la penalización y la despenalización del aborto— igualmente justificadas?

Me parece que la única respuesta que podría dar aquí Perelman tendría que ser como la siguiente. Su punto de partida sería, desde luego, reconocer que hay ocasiones en que puede resultar aceptable más de una decisión; Perelman se alinea, desde luego, del lado de quienes piensan que no hay una única respuesta correcta para cada caso. El decisor, por otro lado, debe comportarse de manera *imparcial* (la imparcialidad no se aplica sólo como criterio para la resolución de las cuestiones jurídicas, sino de las

17 La American Bar Association (asociación de Colegios de Abogados), adoptó en un momento una postura favorable a la despenalización del aborto, pero luego la cambió por una actitud de *neutralidad*. Cuando, a finales de 1990, hubo que nombrar un nuevo miembro del tribunal, el debate fundamental que se planteó en torno al candidato *nominado* por el presidente Bush, el juez Souter, fue sobre la cuestión de si este último sería o no partidario de mantener la doctrina establecida en el caso *Roe contra Wade*.

cuestiones prácticas en general), y debe respetar la regla de justicia (o sea, no debe tratar de manera desigual casos semejantes) y el principio de inercia (sólo hay que justificar el cambio, y siempre y sólo sobre la base de valores precedentemente admitidos (*cfr.* Gianformaggio, 1973, p. 226; Perelman, 1969a). Ahora bien, estos criterios no sólo son claramente insuficientes, sino, que además, tienen un sabor ideológico inequívocamente conservador. Ser imparcial, por ejemplo, exigiría necesariamente aceptar las reglas, el orden establecido.

Quien rechaza la imparcialidad —concluye Gianformaggio— es decir, quien quiere cambiar las reglas, quien no está contento con la universalidad de las reglas en una cierta estructura de relaciones, sino que pone en cuestión la estructura misma, éste *por definición* no argumenta, éste se deja llevar por los intereses y las pasiones y utiliza la violencia. Y entonces ‘¿por qué indignarse por el hecho de que los defensores del orden establecido opongan la fuerza a la fuerza?’¹⁸ Perelman sólo puede ratificar el cambio a posteriori. No puede *en philosophe* tomar una posición más que por el orden establecido, antes de que un nuevo orden, distinto, haya sustituido a aquél. Esta posición deriva necesariamente de su concepción de la filosofía (Gianformaggio, 1973, p. 226).¹⁹

La consecuencia de todo ello podría ser esta: cuando se trata de tomar decisiones frente a casos difíciles (sean o no jurídicos), Perelman no puede proporcionar criterios adecuados puesto que, en el fondo, carece de una noción consistente de lo que sea decisión racional —o razonable—; pero, por otro lado, en la medida en que suministra algún criterio, el mismo tiene una connotación inequívocamente conservadora.

4. *Crítica de la concepción del derecho y del razonamiento jurídico*

A. *El concepto de positivismo jurídico*

La primera afecta a la concepción del derecho y del razonamiento jurídico que Perelman considera predominante en el razonamiento judicial de los países occidentales después de 1945 y que —como hemos visto— se

¹⁸ La cita pertenece a Perelman (1969a).

¹⁹ Algún autor, sin embargo (*cfr.* Maneli, 1979, p. 236), entiende que la retórica de Perelman es contraria a todo tipo de conservadurismo: tanto al conservadurismo del *status quo* real como al conservadurismo de las necesidades e ideales alegados.

caracterizaría por el rechazo del positivismo jurídico y la adopción de un modelo tópico de razonamiento jurídico.

Ahora bien, la noción de positivismo jurídico que maneja Perelman es, además de poco clara (*cfr.* Atienza, 1979, nota 9, p. 144), sencillamente insostenible. Una concepción positivista del derecho, según Perelman, se caracteriza porque: 1) elimina del derecho toda referencia a la justicia; 2) entiende que el derecho es la expresión arbitraria de la voluntad del soberano, y así enfatiza el elemento de la coacción y olvida el hecho de que “para funcionar eficazmente el derecho debe ser aceptado, y no sólo impuesto por medio de la coacción” (Perelman, 1979b, p. 231); y 3) atribuye al juez un papel muy limitado, ya que no tiene en cuenta ni los principios generales del derecho ni los tópicos jurídicos, sino el texto escrito de la ley (o, en todo caso, la *intención del legislador*).

Pero estas características, que quizás puedan ser ciertas referidas a un cierto iuspositivismo del XIX, son manifiestamente falsas referidas al positivismo jurídico actual. Si tomamos a Hart como prototipo de positivista jurídico (y, de hecho, la crítica más conocida contra el positivismo jurídico de los últimos tiempos —la de Dworkin (1977)— toma a Hart como objetivo central) es muy fácil mostrar que ninguna de las tres características se le aplican. 1) Hart, por un lado, no pretende excluir del derecho toda referencia a la justicia, sino simplemente sostener que es posible —y que se debe— separar conceptualmente el derecho y la moral, lo que es y lo que debe ser derecho (*cfr.* Hart, 1962). 2) Por otro lado, su insistencia en la “aceptación interna de las normas” como un elemento esencial para comprender y explicar el derecho (Hart, 1963) pone bien de manifiesto que, para él, el derecho no se puede reducir a la coacción. 3) Y, finalmente, el propio Hart (y Dworkin, que hace de ello uno de los centros de su crítica) considera como característica del positivismo jurídico la “tesis de la discrecionalidad judicial”, es decir, la tesis de que en los casos dudosos o no previstos que aparecen en todo derecho, el juez crea derecho, aunque al mismo tiempo está sometido a una serie de cortapisas jurídicas que limitan su elección. Es más, a partir del positivismo jurídico de Hart (que es el positivismo “de hoy”) no habría en principio ningún inconveniente para que el juez usara de los principios generales del derecho y de los tópicos jurídicos; bastaría con que lo admitiera la regla de reconocimiento del sistema en cuestión.²⁰

20 Este argumento lo emplea el propio Hart en relación con los principios del derecho (principios implícitos de carácter moral o político) postulados por Dworkin. La diferencia entre estos dos autores

Como alternativa al positivismo jurídico, Perelman —siguiendo a Foirers (*cf.* Bobbio, 1986, p. 171)— propone la idea de un “Derecho natural positivo”, según la cual, para integrar, corregir o colmar las reglas establecidas autoritativamente (sea por la autoridad del legislador o por la de la costumbre), se invocan y aplican principios no contenidos en el conjunto de normas jurídicas de un ordenamiento positivo. Ahora bien, por un lado, aunque los corolarios y presupuestos filosóficos de la lógica de la argumentación de Perelman parezcan ser iusnaturalistas (*cf.* Gianformaggio, 1973, p. 162), su concepción del “Derecho natural positivo” no implicaría —según Bobbio— una contradicción del positivismo jurídico entendido, por ejemplo, a la manera de Kelsen. Por otro lado —y esto es más importante—, Bobbio opina que la teoría del derecho natural positivo plantea más problemas de los que trata de resolver, al menos por dos motivos:

...no se entiende bien cuál sea la necesidad de llamar Derecho natural a principios de conducta que son manifestaciones corrientes de la moral social; y no se entiende qué necesidad haya de corregir al positivismo jurídico por el solo hecho de reconocer la validez de reglas no escritas, un reconocimiento que ninguna teoría del derecho positivo ha contestado nunca (Bobbio, 1986, p. 172).

B. *La concepción tópica del razonamiento jurídico*

Por lo que se refiere a la adhesión de Perelman al modelo tópico de razonamiento jurídico, a las críticas que vimos a propósito de la concepción de Viehweg podría ahora añadirse esta: dado el proceso de formación —necesariamente lento— de los tópicos y su caracterización como opiniones compartidas, hay buenas razones para pensar que estos juegan un papel comparativamente mayor en las ramas jurídicas más tradicionales y/o aquellas en que el ritmo de cambio es relativamente lento (es sintomático que la mayor parte de los partidarios de la tópica se encuentren entre los civilistas), que en los sectores de formación más reciente o en los que el derecho debe adaptarse a un ritmo de cambio social muy inten-

estriaría en que, para Hart, tales principios no son relevantes *proprio vigore*, sino sólo de manera contingente, según lo autorice o no la regla de reconocimiento del sistema (*cf.* sobre esto Atienza, 1979, nota 18; MacCormick, 1981).

so. Dicho de otra manera, el uso de los tópicos en el derecho moderno tiene que ser limitado, a no ser que con su utilización se pretenda, sencillamente, la conservación y consolidación de cierto *statu quo* social e ideológico (*cf.* Santos, 1980, p. 96).

C. Derecho y retórica

Finalmente, el hecho de que Perelman sitúe el centro de gravedad del discurso jurídico en el discurso judicial y, en particular, en el discurso de los jueces de instancias superiores, supone adoptar una perspectiva que distorsiona el fenómeno del derecho moderno (si se quiere, del derecho de los Estados pluralistas, es decir, de los Estados capitalistas democráticos), en cuanto que atribuye al elemento retórico —al aspecto argumentativo— un mayor peso del que realmente tiene. Boaventura de Sousa Santos tiene razón al sostener que el factor tópico-retórico no constituye una esencia fija, ni caracteriza en exclusiva el discurso jurídico. El espacio retórico existe entre otros espacios: el espacio sistémico (digamos, el discurso burocrático) y en el espacio de la violencia (*cf.* Santos, 1980, p. 84). Además, en comparación con otros tipos de derecho (Santos estudia el de un poblado de favelas en Río de Janeiro: el derecho de Pasárgarda), el derecho del Estado moderno se caracteriza porque tiende a presentar un nivel más elevado de institucionalización de la función jurídica y más poderosos instrumentos de coacción, con lo que el discurso jurídico ocupa, en definitiva, un espacio retórico más reducido (*cf.* *ibidem*, p. 58). Es cierto, por otro lado, que los recientes movimientos en favor de la informalización de la justicia implican un eventual incremento de la retórica jurídica, pero ello puede ser la contrapartida de un incremento de burocracia y violencia en otras áreas más centrales del sistema jurídico (*cf.* *ibidem*, p. 91).

D. La retórica general y la retórica jurídica

Algo que no está bien resuelto en la obra de Perelman es la relación entre el plano de la retórica general y el de la retórica o lógica jurídica. Por un lado, no está nada claro que el criterio del auditorio universal se aplique también al discurso jurídico, bien se trate del discurso del juez o del legislador. En ocasiones, Perelman parece dar a entender que el juez y

el legislador (a diferencia del filósofo) deben orientar sus decisiones de acuerdo con los deseos y convicciones de la comunidad que les ha instituido o elegido (cfr. Alexy, 1978a, p. 161, nota 523, y Perelman, 1967a). En los últimos escritos, sin embargo, parece haberse inclinado a pensar que el auditorio universal se aplica también al discurso no filosófico (cfr. Golden, 1986, p. 297). Por otro lado, no está tampoco claro de qué manera se aplica —y si se aplica— al campo del razonamiento jurídico de su clasificación de los argumentos en técnicas de enlace y de disociación, etc. En particular, en *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Perelman parece aceptar —al menos en parte— la clasificación que hace Tarello (cfr. Perelman, 1979b, pp. 77 y ss.) de los argumentos jurídicos, y que no parece tener mucho que ver con la que se propone en el *Tratado*. El autor italiano, en efecto, distingue trece tipos de argumentos: *a contrario*, *a simili* o analógico, *a fortiori*, *a completudine*, *a coherentia*, psicológico, histórico, apogógico, teleológico, económico, *ab exemplo*, sistemático y naturalista (cfr. *ibidem*, pp. 77 y ss.).

Finalmente —y como ya se ha indicado antes— Perelman repite con cierta frecuencia que el razonamiento jurídico tiene en su obra un valor paradigmático. ¿Pero qué significa realmente esto? Perelman no ha sido, desde luego, el único autor del siglo XX que ha tomado al razonamiento jurídico como modelo de la lógica o del método racional. Tres ejemplos notables de esta actitud son los casos de Dewey, Polanyi y, sobre todo, de Toulmin, cuya concepción se estudiará en el próximo capítulo. De acuerdo con Gianformaggio (1973, p. 175 y ss.), la diferencia estriba en que mientras estos tres autores utilizan el razonamiento jurídico como un modelo para contraponer a la concepción neopositivista de la razón (esto es, el razonamiento jurídico —o algún aspecto del mismo— sirve como modelo para el razonamiento en general), en Perelman, el razonamiento jurídico es el modelo de un tipo particular de razonamiento, al que al principio denomina razonamiento *argumentativo* y luego razonamiento *práctico*. Pero el problema consiste en que la distinción entre razonamiento teórico y razonamiento práctico (que en Perelman aparece con posterioridad al *Tratado*) no coincide del todo —siempre según Gianformaggio— con la distinción entre demostración y argumentación. Esta última distinción —como el lector recordará— se refería al tipo de prueba o a los modelos de análisis del discurso, pero no era una distinción centrada en el objeto. Ningún discurso es en sí mismo, considerado abstractamente, demostrativo o argumentativo; basta con añadir una premisa para con-

vertir una argumentación en una demostración. Sin embargo, la distinción que traza Perelman entre razonamiento práctico y razonamiento teórico sí que tiene por objeto al discurso: el razonamiento práctico es el razonamiento del jurista, del moralista, del político...; y el razonamiento teórico es el razonamiento del científico. Pero, si esto es así, ello quiere decir que Perelman acaba por sostener un dualismo entre razón dialéctica (razonamiento práctico) y razón científica (razonamiento teórico), que no armoniza con su idea de que en la ciencia del derecho no se puede separar netamente valoración y conocimiento, y de que tampoco se pueden separar los juicios de valor de los juicios de hecho en la aplicación del derecho (*cfr.* Gianformaggio, 1973, pp. 186-193).

E. Deducción y argumentación

Una última crítica que se puede dirigir a Perelman tiene que ver precisamente con la distinción entre el razonamiento científico —deductivo o inductivo—, por un lado, y el razonamiento dialéctico, argumentativo o práctico, por el otro. Como hemos visto Perelman entiende la lógica jurídica como una argumentación, no como lógica formal o deductiva. Además, sostiene que la distinción entre ambas lógicas no se refiere sólo a la naturaleza de las premisas, sino también al paso de las premisas a la conclusión. Pero aquí el discurso de Perelman es algo más que equívoco. Por un lado, si hubiera tenido en cuenta la distinción usual entre justificación interna y justificación externa que se expuso en el capítulo primero (*cfr.* Wroblewski, 1979, pp. 277-293), hubiera podido fijar claramente el papel de la lógica formal o deductiva en el razonamiento jurídico sin necesidad de contraponer innecesaria y confusamente la concepción deductivista o formalista del razonamiento jurídico a la concepción argumentativa o retórica. Y por otro lado —y esto es realmente más grave—, la pretensión de Perelman de que el paso de las premisas a la conclusión tiene lugar de manera distinta en una argumentación y en una deducción, porque en el primer caso el paso de un argumento a una decisión no puede tener carácter necesario, se basa —me parece— en un error. El error consiste en no darse cuenta de que la lógica —deductiva o no— se mueve en el terreno de las proposiciones y no en el de los hechos; o, en otras palabras, en no haber tenido en cuenta la distinción (que también se introdujo en el capítulo primero) entre la conclusión de una inferencia y determinados esta-

dos de cosas, decisiones, etc., que están vinculados con ella, pero no ya de manera lógica. En el caso del silogismo práctico —en concreto, del silogismos judicial—, una cosa es la conclusión de dicho silogismo (que consiste en una norma individual que establece, por ejemplo, que el juez debe condenar a X a la pena Y) y otra es la decisión práctica que, naturalmente, no se sigue necesariamente —deductivamente— de aquella conclusión (la decisión del juez que condena a X a la pena Y).

5. Conclusión

La conclusión general que se podría extraer de todas las críticas anteriores podría muy bien ser esta. Por un lado, Perelman no ofrece ningún esquema que permita un análisis adecuado de los argumentos jurídicos —de los diversos tipos de argumentos jurídicos— ni del proceso de la argumentación, aunque, desde luego, en su obra aparecen sugerencias de indudable interés. El modelo analítico de Toulmin —que se presentará en el próximo capítulo— me parece preferible a este respecto.²¹ Perelman considera que Toulmin, en su libro de 1958, *The Uses of Argument*, ignora completamente el papel del auditorio y el del razonamiento sobre valores, que es el centro del pensamiento jurídico (*cf.* Fisher, 1986, p. 87, y Perelman, 1984a), pero al menos no me parece que lo primero sea en absoluto cierto: el *tribunal de la razón* de Toulmin tiene —como el lector podrá comprobar en seguida— bastante que ver con el auditorio universal de Perelman (*cf.* Dearin, 1986, p. 183, nota 80).

Por otro lado, la concepción del derecho y de la sociedad que maneja Perelman es de cuño netamente conservador,²² y su teoría de la argumentación parece diseñada para satisfacer las necesidades de quien se aproxima al derecho y a la sociedad desde esta perspectiva, pero no para el que parte de una concepción crítica o conflictualista de estos fenómenos. Si se acepta la tesis de que la sociedad genera, en ocasiones, conflictos que plantean intereses irreconciliables y que las instancias jurídicas no pueden resolver simplemente con un criterio de imparcialidad, sin plantearse

21 *Cfr.*, sin embargo, Arnold (1986, p. 51, nota 20 y p. 42), quien afirma —en mi opinión, sin razón— que Perelman hace descriptible las estructuras de pensamiento que realmente utilizamos al persuadir.

22 *Cfr.* Atienza (1979), en donde se muestran algunas conexiones entre las concepciones de Perelman y de Luhmann.

la modificación del propio orden jurídico, entonces probablemente haya que pensar también que, en relación con los mismos, la retórica —al menos, como la entiende Perelman— cumple ante todo una función ideológica de justificación del derecho positivo: precisamente presentando como imparciales y aceptables decisiones que, en realidad, no lo son.