

Contribución y límites a la racionalidad jurídica en la teoría de los auditorios de Chaïm Perelman

María de los Ángeles MANASSERO¹

Sumario

Introducción. Auditorio y argumentación retórica. La Nueva Retórica: principales tesis. El auditorio en el Derecho y el problema de la racionalidad jurídica. Conclusión. Una cuestión abierta: la teoría de los auditorios y la legitimidad del derecho judicial.

Resumen

Los estudios realizados a partir de la segunda década del siglo pasado sobre metodología del Derecho han significado una transformación en la comprensión de la problemática interpretativa del Derecho, lo que aparejó, a su vez, una revisión en la concepción de racionalidad deductiva. Ello impulsó la búsqueda de nuevas alternativas de racionalidad, más aptas para asumir la dimensión valorativa del pensamiento jurídico. En ese contexto se ubican los trabajos de Chaïm Perelman. Dicho autor construye, en primer lugar, un método de razonamiento para todo el ámbito de la praxis, para lo cual recurre a la retórica. Su teoría, denominada Nueva Retórica, constituye la racionalidad práctica en torno de la idea de "auditorio", que son aquellos a quienes se dirige la argumentación. Distingue entre auditorio particular, constituido por un grupo determinado y el auditorio universal, conformado

por toda la humanidad. Esta distinción permite a Perelman distinguir, a su vez, dos niveles de racionalidad, la meramente persuasiva, que obtiene la adhesión del primer auditorio, y la que produce convicción, cuando se dirige al auditorio ideal. Este último auditorio, por tanto, funciona como criterio para evaluar la racionalidad del discurso. El problema se presenta, en consecuencia, con el discurso que se dirige al auditorio particular, que quedaría sospechado de cierta parcialidad. Aplicada la teoría al problema de la decisión judicial, los auditorios "jurídicos", son tres, las partes, los tribunales superiores y la opinión pública. Estos auditorios se comportarían como auditorios particulares de modo que el problema señalado se produce en la racionalidad jurídica. Sin embargo, Perelman agrega un principio regulativo: la aceptabilidad, capacidad de producir consenso.

¹ Prof. Adjunta de "Filosofía del Derecho" (FCJS-UNL).

Introducción

Uno de los temas de la filosofía jurídica que ha convocado mayor interés a lo largo del pasado siglo veinte, ha sido, sin lugar a dudas, el problema de la racionalidad jurídica. Las contribuciones que al respecto se han hecho significaron una transformación de los estudios sobre metodología jurídica cuya consecuencia inmediata fue la puesta en crisis del paradigma del llamado método tradicional o dogmático, fruto de la ciencia jurídica decimonónica. Transformación que se verifica en mayor medida en el nivel teórico y, en menor medida, en la praxis judicial. En efecto, mientras los estudios sobre interpretación jurídica y decisión judicial ponen de relieve el complejo proceso de determinación de la norma individual—cuya dimensión valorativa implica una racionalidad inasible desde el esquema silogístico y que se manifiesta en la construcción de paradigmas alternativos a la racionalidad deductiva—, la actividad jurisdiccional demuestra, sin embargo, cierta vigencia del modelo dogmático a través del uso de directivas interpretativas que remiten a una intrínseca racionalidad del ordenamiento jurídico que esconden el aspecto decisional de la sentencia judicial.

No obstante esta constatación, las aportaciones de los trabajos sobre interpretación y aplicación del Derecho han contribuido a una mayor comprensión del quehacer jurisdiccional a la vez que diseñan una racionalidad que, sin renunciar a la objetivación de la toma de decisión, asumen lo propio del razonamiento jurídico: el pensamiento orientado a valores. En esta línea se ubica el trabajo de Chaïm Perelman⁽¹⁾, autor junto con Olbrechts-Tyteca del *Tratado de la argumentación* de 1958, en el que se halla contenido su Teoría de la argumentación, cuyo rasgo más sobresaliente es el desarrollo del razonamiento práctico desde una perspectiva retórica. Perspectiva que luego traslada al ámbito jurídico en *Lógica jurídica, Nueva Retórica* publicada en 1976.

La obra de Perelman apunta a proponer un método que, siendo adecuado a las cuestiones prácticas, es decir, respetuoso del momento “decisional”, las “racionalice”. Ese método no es otro que el de la técnica retórica, aunque, como se verá, lucirá remozada en los trabajos de Perelman. El análisis de la racionalidad jurídica concebida desde una dimensión retórica se presenta atractiva a los fines de determinar tanto los aspectos de dicha racionalidad que quedan transformados, así como los puntos críticos que puedan desprenderse. De acuerdo con ello, en lo que sigue, se presentarán algunas cuestiones relevantes de la teoría Perelman, con el propósito de hacer un balance de su contribución a una nueva mirada de la metodología jurídica sin dejar de señalar las dificultades que envuelve la racionalidad jurídica de corte retórico.

Auditorio y argumentación retórica

El auditorio es una de las piezas claves de la Teoría de la argumentación alrededor del cual gira la determinación de la razonabilidad de la argumentación. Por tanto aquí se propone recortar dicho elemento, en cuanto sea posible ello, sin desvincularlo del conjunto de conceptos y relaciones que le dan sentido para analizar, con mayor detenimiento, cómo se comporta la idea de auditorio dentro de

⁽¹⁾ Damos aquí algunos pocos datos biográfico para ubicar el autor en estudio. Chaïm Perelman nació en Varsovia, en 1912. A los doce años se traslada con su familia a Bruselas. Se doctora en Derecho y Filosofía en la Universidad Libre de Bruselas, donde desempeñó su tarea docente e investigadora. Participó de los “Encuentro de Zurich” en la segunda mitad de la década del cuarenta, organizado por Gonsseth y funda el Centro de investigaciones lógicas, en el que analiza, con un grupo de juristas el razonamiento jurídico. Sus principales obras son: *Rhétorique et Philosophie* (1952), recopilación de artículos escritos juntos Lucye Olbrechts-Tyteca, *Traté de l'argumentation. Nouvelle rhétorique*, (1958) también con Olbrechts-Tyteca. Ambos editados por Presses Universitaires de France. Posteriormente publica una serie de recopilaciones de artículo en *Justice et raison*, Ed. Presses Universitaires de Bruxelles, Bruselas, 1963; *Droit, Morale et Philosophie*, LGDJ, París, 1968; *Le Champ de l'argumentation*, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruselas, 1970. Perelman muere el 24 de enero de 1984.

la Teoría perelmaniana y qué función cumple en la teoría del derecho. Dicho con otras palabras, lo que aquí se intenta presentar y examinar es el problema de la racionalidad del discurso jurídico a través de la teoría de los auditorios de Perelman⁽²⁾.

Decir auditorio supone decir discurso. Necesariamente un término implica el otro dado que auditorio es un concepto que remite a palabras y comunicación; si hay auditorio es porque hay un discurso. Y ello, a su vez, supone un alguien que elabora el discurso, el orador. Por tanto, auditorio, discurso y orador se reclaman mutuamente en sus respectivas definiciones formando una unidad de significación que alude a una realidad que los comprende; ésta es la retórica.

Dentro del contexto de la retórica es que se ubica, por tanto, la noción de auditorio, aunque como después se observará, también se lo ha utilizado fuera del mismo⁽³⁾. La retórica, arte antiguo surgido en los medios tribunales⁽⁴⁾ y conocido como el arte del buen hablar, adquirió con Perelman una nueva significación y una nueva función. Ésta fue aplicada, en un primer momento, en un ámbito filosófico y posteriormente en el filosófico-jurídico. Por tanto, se hará una breve referencia al contexto de aparición de la Nueva Retórica perelmaniana y sus tesis básicas para, después, considerar el problema que aquí se intenta examinar.

La nueva retórica: principales tesis

El origen y elaboración de la Teoría de la argumentación responde al propósito de hallar una lógica del juicio de valor gracias a la cual éste quede validado. La inquietud de Perelman tiene explicación en la crisis que produjo en él, por un lado, el ambiente intelectual en que se educó y, por otro, las circunstancias históricas que vivió. Formado en los rigurosos criterios de racionalidad del neopositivismo no tardó en darse cuenta de que, con la experiencia del régimen nacional-socialista, el ámbito de las opciones, decisiones, es decir, el ámbito de la praxis quedaba librado a la arbitrariedad. Con ello cualquier criterio, cualquier decisión era viable sin ninguna posibilidad de discusión. El neopositivismo no hacía conducente la discusión práctica al excluir la razón de las cuestiones morales⁽⁵⁾.

La lectura y análisis de los discursos y obras de políticos, abogados y filósofos mostró a Perelman⁽⁶⁾ que la modalidad de la razón en el ámbito de lo práctico no es la demostración sino la argumentación y que ésta remite a un arte que conocieron los "antiguos", la retórica. El discurso práctico desenvuelve argumentos elaborados por quien desea obtener la adhesión de sus tesis. Perelman considera que en la retórica, entendida como Teoría de la argumentación, estaría contenida una lógica en la que queda comprendido el juicio de valor, y señala a Aristóteles como el auténtico padre de dicha Teoría⁽⁷⁾. Es decir, interpreta a la *Retórica* y la *Tópica* del Estagirita como obras que, junto con los *Primeros y Segundos analíticos* conforman la lógica aristotélica. Esta retórica antigua no pasa sin modificaciones a servir los propósitos de Perelman, sino que es actualizada y adaptada; de ahí que lleva por nombre Nueva Retórica, subtítulo del *Tratado de la argumentación*, publicado en 1958 con la colaboración de Lucie

⁽²⁾ En realidad aquí se debe ser consciente que hablar de "teoría de los auditorios" supone una cierta licencia interpretativa de la Teoría de la argumentación de Perelman, puesto que dicho autor nunca se manejó en tales términos con relación al auditorio.

⁽³⁾ Por ejemplo Aulis Aarnio habla de "audiencia" pero no desde un planteo retórico. Vid., *Lo racional como razonable*, Ed. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991.

⁽⁴⁾ Ver al respecto Mortara Garvelli, B., *Manual de Retórica*, Cátedra, Madrid, 1991, pp. 18 y ss. Dicho autor ubica el origen de la retórica en el siglo V a.C.

⁽⁵⁾ Dentro de este clima Perelman escribió su ensayo de 1945, "De la justice", cuya conclusión afirma que el valor que funda cualquier sistema normativa permanece arbitrario vid., *Justice et Raison*, cit., p. 70.

⁽⁶⁾ Perelman confiesa utilizar el mismo método que tanto éxito dio a Frege en el estudio de la lógica matemática al estudiar éste cómo razonan los matemáticos. Vid. Perelman, Ch., "Logique, langage et communications", en *Justice et Raison*, p. 195.

⁽⁷⁾ Cf. Perelman, Ch., *L'empire rhétorique*, p. 15.

Olbrechts-Tyteca. Corresponde, por tanto, considerar la definición⁹ de esta Nueva Retórica y las modificaciones introducidas.

La Nueva Retórica o Teoría de la argumentación se define como “el estudio de las técnicas discursivas tendentes a provocar o acrecentar la adhesión de los espíritus a las tesis que se presentan a su asentimiento”¹⁰. El acento recae en el aspecto lógico, como arte del “buen pensar”, dejando de lado las preocupaciones estilísticas. Una consecuencia importante se desprende de la definición: la recuperación de la retórica dentro del ámbito filosófico. La Nueva Retórica posee un indudable valor epistemológico al situarse como el medio o recurso en virtud del cual la racionalidad práctica se hace posible. Esta definición, a su vez, reclama una redefinición de los componentes de la relación retórica con respecto a la versión antigua que, como se observará, se implican mutuamente.

El orador es aquel que desea ejercer influencia por medio del discurso. El carácter de orador dependerá de cada circunstancia, según se exijan determinadas condiciones para argumentar o no, como por ejemplo sería el caso del parlamento o de un proceso judicial. El auditorio no se circunscribe al reunido en una plaza pública, como en la retórica antigua, sino que se considera como tal a todos aquellos a quienes les llega por cualquier medio el discurso. De ahí que el auditorio puede estar conformado por varias personas, por dos —diálogo—, e incluso por uno solo —diálogo interior—¹¹. A la ampliación del concepto de auditorio va unida la incorporación del auditorio universal, regulador de la racionalidad práctica, aporte más relevante y discutido de Perelman. Pero antes de considerarlo especialmente conviene referirse al tercer elemento del discurso.

El discurso queda comprendido como el conjunto de argumentos que el orador elabora para conseguir la adhesión del auditorio. Para ello el discurso debe estar adaptado al auditorio para que pueda éste comprenderlo y así asentir a dichos argumentos. De ahí que se afirme que la calidad del discurso depende de la calidad del auditorio al cual se dirige¹². Sostiene Perelman que en la argumentación “lo importante no está en saber lo que el mismo orador considera verdadero o convincente, sino cuál es la opinión de aquellos a quienes va dirigida la argumentación”¹³. La Teoría de la argumentación pertenece al orden “adaptativo” queriendo significar este término la ausencia de cualquier criterio, regla o método discursivo¹⁴. Por eso cobra importancia el conocimiento por parte del orador de su auditorio, la constitución del mismo, los valores que afirma y su jerarquía, las opiniones que sostiene, etc., porque ese conocimiento brindará los elementos necesarios para construir el punto de partida común que permita crear una “comunicación de espíritus” necesaria para la relación retórica. En definitiva, el auditorio determinará el orden del discurso, calidad y extensión y en gran medida el contenido. Pero aún falta mencionar la principal función del auditorio: la determinación de la racionalidad del discurso.

Se había mencionado la introducción de un nuevo concepto de auditorio, el auditorio universal. Este auditorio recibe tal nombre por estar conformado por todos los hombres razonables o competentes y su función es determinar la racionalidad de las argumentaciones dirigidas a él. Con este auditorio Perelman pretende salvar las limitaciones que ofrece la retórica circunscripta a auditorios particulares puesto que, como se acaba de ver, el discurso guarda relación con el auditorio concreto. Las argumentaciones orientadas a éste son válidas sólo para el auditorio que le prestó su discurso, limitado en su validez a un auditorio particular, que denomina Perelman persuasivo y al cual confronta con la argumentación convincente, la que se dirige a un auditorio universal. Dicha argumentación alcanza la categoría de racional desde el momento que busca obtener la adhesión de todos los hombres razonables. El acuerdo

⁹ Perelman, Ch., *Traité de l'argumentation*, p. 5; “Introducción”, a *Éléments d'une théorie de l'argumentation*, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruselas, 1968, p. 7.

¹⁰ Con éste último caso, Perelman quiere incluir también dentro del ámbito retórico a las decisiones y elecciones individuales.

¹¹ Cf. Perelman, Ch., *Traité de l'argumentation*, p. 32.

¹² Perelman, Ch., *Traité de l'argumentation*, p. 31.

¹³ Cf. Perelman, Ch., *Traité de l'argumentation*, p. 672.

del auditorio universal, señala Perelman, es siempre de derecho y no de hecho puesto que se trata de un auditorio ideal⁽¹³⁾. En definitiva, el auditorio universal es un recurso contrafáctico concebido para evitar el riesgo en que se halla amenazado el discurso retórico, de una caída en la mera persuasión, es decir, en la sugestión.

El concepto de auditorio universal, como lo señalan algunos autores, presenta no pocos problemas⁽¹⁴⁾. La ambigüedad y vaguedad en que está formulado atenta contra la función atribuida. Se trataría de una construcción mental que realiza el orador de acuerdo con sus circunstancias históricas, cultural y conocimiento. Ello supone pluralidad de auditorios universales según la concepción que de él se haga cada orador. Por tanto, el auditorio universal así construido, como lo señala Alexy, será válido sólo para quienes lo reconozcan como tal⁽¹⁵⁾. Para salvar este escollo Perelman indica la posibilidad de la concreción del auditorio universal en ciertos auditorios particulares, tales como la elite, formado por un grupo de hombres con condiciones especiales de conocimiento y el formado por los científicos o especialistas de una disciplina. Ahora bien, ello también genera el problema de saber si tales auditorios efectivamente podrían ser considerados como “representación” de un auditorio universal. La salida que encuentra Perelman es someter a juicio la composición de dichos auditorios, según un modelo de auditorio universal que denomina “indefinido”⁽¹⁶⁾.

Lo expuesto hasta aquí sobre el auditorio universal da suficiente prueba de la dificultad que plantea este concepto a pesar, y ésa es la paradoja, de ser una pieza clave para la Teoría de la argumentación. De ahí que es acertada la afirmación que sobre este tema hace Atienza, cuando señala que se trata más de una intuición feliz que de un “concepto cuidadosamente elaborado”⁽¹⁷⁾. Pero a los problemas conceptuales y de configuración del auditorio universal hay que agregarle un punto que, por su escasa explicación deja abierto ciertos interrogantes: el de los valores como objeto de acuerdo del auditorio universal. La cuestión se presenta cuando distingue los posibles objetos de acuerdo de cada auditorio, entre lo real de la preferible, los hechos, verdades y presunciones, por un lado, y, por otro, los valores, jerarquías y lugares comunes. Los primeros serían objeto de acuerdo del auditorio universal, es decir, pueden alcanzar el acuerdo del mismo, en cambio los segundos sólo pueden discutirse y acordarse en el auditorio particular⁽¹⁸⁾. Así se afirma en el *Tratado*: “lo preferible, lo que determina nuestras elecciones y que no es conforme a una realidad precistente, está unido a un punto de vista determinado que no se puede identificar más que con un auditorio particular, por muy vasto que sea”⁽¹⁹⁾. Quedaría, al parecer en principio, excluida la posibilidad de argumentar frente a un auditorio universal sobre los valores. Esto equivale a eliminar la posibilidad de una argumentación “racional”, quedando los valores como objeto del discurso persuasivo. Ésta es la tesis que se desprendería del *Tratado de la argumentación*. En artículos posteriores, Perelman afirma la posibilidad de someter los valores, criterios y normas a consideración del auditorio universal, para lo cual el orador debe presentarle “tesis aceptables” de la concepción que de éstos sostenga⁽²⁰⁾. El obstáculo presentado en el *Tratado* queda sorteado con esta aclaración; sin embargo, por lo vital del tema hubiese sido conveniente una mayor explicitación para despejar toda penumbra acerca de la posibilidad de una discusión racional sobre los valores.

⁽¹³⁾ Cf. Perelman, Ch., *Traité de l'argumentation*, p. 41.

⁽¹⁴⁾ Entre otros, Aarnio, A., *Lo racional como razonable*, cit., p. 221; Alexy, A., *Teoría de la argumentación jurídica*, Ed. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, p. 162.

⁽¹⁵⁾ Alexy, A., *Teoría de la argumentación jurídica*, Ed. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, p. 162.

⁽¹⁶⁾ Perelman, Ch., *Traité de l'argumentation*, p. 46.

⁽¹⁷⁾ Atienza, M., *Las razones del Derecho*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993, p. 91.

⁽¹⁸⁾ Cf. Perelman, Ch., *Traité de l'argumentation*, p. 87 y ss.

⁽¹⁹⁾ Perelman, Ch., *Traité de l'argumentation*, p. 88.

⁽²⁰⁾ Cf. Perelman, Ch., *Cinq leçons sur la justice*, en *Droit, Morale et Philosophie*, Presses Universitaire de France Universitaire de France, Paris, 1966, p. 65; “Ce que le philosophe peut apprendre par l'étude du droit”, en el mismo volumen, p. 202.

Presentada en apretada síntesis las principales tesis de la Teoría en relación con los auditorios y señalada alguna de las dificultades llega el momento de hacer un balance y sacar algunas conclusiones con el fin de avanzar en la cuestión planteada al inicio de la exposición. El objetivo de la Nueva Retórica fue proponer una vía que haga posible la racionalidad práctica sin caer en el dogmatismo ni en el escepticismo y que haga posible a su vez el pluralismo, valor fundamental para Perelman de la sociedad contemporánea. Dentro de estos parámetros se gesta y elabora la Teoría de la argumentación como complemento de los métodos lógico-formales, demostrativos, válidos para las ciencias exactas, pero no para el amplio campo de las ciencias humanas. A esta preocupación epistemológica se une la cuestión ética. Perelman no se resigna dejar librado a la irracionalidad el ámbito de los valores. Por todo ello la argumentación retórica no se concibe simplemente como un método sino que su objetivo final es proponer una nueva concepción de razón, adaptable al fluctuante ámbito de los valores, situada e histórica, características propias de la razón retórica, lo que es lo mismo decir, la razón retorizada por el empleo de la Teoría de la argumentación.

La relación retórica, la que se establece entre orador y auditorio por la intermediación del discurso argumentativo, genera una racionalidad comunicativa, aunque no claramente dialógica, en la que cabe argumentar –para Perelman es lo mismo que razonar– sobre puntos de vista, convicciones, valores, normas. Dicha relación se produce por la adaptación del orador a su auditorio en vista a obtener la adhesión de éste a las tesis que presenta. Bien mirada en la relación retórica no hay un intercambio de ideas, es decir, argumentos que son refutados de una parte y otra. La intersubjetividad en este esquema no aparece de forma nítida como sí se encuentra en otras propuestas argumentativas, como por ejemplo la de Robert Alexy⁽²¹⁾. Aquí, más que intercambio, existe una estrategia que desarrolla el orador según las características de cada auditorio para ganar la adhesión de su propuesta y así alcanzar la adhesión a su argumentación. Pero ello no debe conducir a pensar que el auditorio cumple una función pasiva. Por el contrario, es el auditorio en definitiva quien marca al orador las argumentaciones que debe emplear si quiere obtener su adhesión. De modo que el auditorio se constituye en el “sancionador” de la razonabilidad del discurso retórico cuando presta su consenso. La Teoría de la argumentación parece estar desprovista de elementos normativos para juzgar la validez de las argumentaciones en el caso de los auditorios particulares.

Esta última apreciación puede refutarse si se admite la aplicación, cualquiera sea el auditorio al cual se dirija el orador, del auditorio normativo, el auditorio universal. El orador, además de considerar a su auditorio concreto, debe al mismo tiempo representarse el auditorio universal para someter a una autocritica sus propios argumentos. Tal ha sido la interpretación de ciertos autores⁽²²⁾. Sin embargo, aun admitiendo dicha posibilidad, por las dificultades ya señaladas en la configuración y diseño de este auditorio se hace casi inviable la función de regulación o validación de los argumentos. Pero aún más, suponiendo que esto último no fuera así, es decir, para el caso que el auditorio universal cumpla acabadamente su misión, se presentaría el problema de estar argumentando racionalmente –válidamente–, y sin embargo no obtener la adhesión del auditorio particular al no lograr la adaptación necesaria de su discurso a dicho auditorio. Perelman tendría una respuesta más. Habría que descalificar al “recalcitrante”, aquellos que no admiten su argumentación racional, dejándolo fuera del auditorio particular⁽²³⁾. Pero nuevamente se puede volver a objetar si se interroga acerca del criterio por el cual se deja de lado a ciertos individuos que conforman el auditorio particular. Perelman diría que es en base a la concepción de auditorio universal que maneja el orador, con lo cual el problema vuelve a su punto de partida.

⁽²¹⁾ Cf. Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, *passim*.

⁽²²⁾ Por ejemplo, Scult, A., “Perelman’s Universal Audience One Perspective”, en *The New rhetoric of Chaïm Perelman. Statement and response*, Ed. By Ray D. Dearin, p. 163 y ss.

⁽²³⁾ Cf. Perelman, Ch., *Traité de l’argumentation*, cit., p. 43.

En definitiva, se puede concluir que la empresa de Perelman no conseguiría alcanzar satisfactoriamente el objetivo propuesto. No puede asegurar una racionalidad en la praxis que quede libre de parcialidades. Ello es más palmario en el caso del auditorio particular, por los recursos persuasivos que puede servirse el orador para conseguir sus propósitos. El auditorio universal, que aseguraría la imparcialidad, resulta inoperante por los motivos ya señalados. Con todo cabe conceder que si bien las tesis de la argumentación retórica plantean algunas dificultades en su resolución, su aporte es significativo. Por un lado, por su valor precursor de otras teorías de la argumentación más elaboradas y, por otro, porque han abierto el debate sobre la racionalidad práctica en ciertas disciplinas tal como ha sucedido en el Derecho.

El auditorio en el Derecho y el problema de la racionalidad jurídica

La aplicación o traslado de la Teoría de la argumentación al Derecho es acompañada de una concepción del razonamiento jurídico que Perelman explicita en numerosos trabajos⁽²⁴⁾. Sus estudios se ubican en las corrientes que comienzan a finales del pasado siglo y que llegan a su máxima expresión a mediados del presente teniendo como punto común el cuestionamiento de la interpretación mecanicista y la teoría del silogismo judicial. En el problema de la aplicación del derecho, de la decisión judicial que pone fin al conflicto, es donde la argumentación retórica aparece. Y, como en las otras propuestas, tales como la hermenéutica de Esser, Zaccaria, o Betti, la tópica de Viehweg, la dialéctica de Villey, la Nueva Retórica señala la insuficiencia de la ley, del derecho positivo para resolver el caso concreto y, concomitantemente, la insoslayable labor valorativa del juez. Al respecto debe decirse que la Nueva Retórica no es una teoría de la interpretación, aunque incide sobre dicha problemática, sino que trata, como ya se señaló, de mostrar al razonamiento jurídico como un razonamiento retórico.

Dentro de este contexto los desarrollos teóricos de Perelman apuntan a destacar que el razonamiento jurídico por excelencia es el razonamiento judicial y que este razonamiento se despliega en una argumentación que busca justificar la decisión que puso fin a la contienda judicial. Perelman entiende que el razonamiento judicial persigue concitar la adhesión de la decisión tomada, de todos aquellos a quienes el fallo afecta de un modo u otro⁽²⁵⁾. De esta manera consigue reconstruir la relación retórica en el ámbito jurídico, aunque con algunos matices que lo distinguen del razonamiento práctico general; concretamente dos: por un lado, los debates no pueden permanecer abiertos —de ahí que sea necesario en Derecho siempre llegar a una decisión—, y por otro, el razonamiento jurídico reconoce como marco contenedor al ordenamiento jurídico, aunque éste pueda quedar en la práctica rebasado por la decisión judicial.

El planteo contiene elementos descriptivos como prescriptivos, buscando con el primero mostrar lo que realmente sucede en el razonamiento que realiza el juez y, con el segundo, indicar el procedimiento que debe seguir el juez para que su decisión sea considerada razonable. En este segundo aspecto se ubica la teoría de los auditorios jurídicos. En lo que sigue, el análisis se centrará en la determinación, función y problemas de los auditorios en el Derecho, dejando de lado las consideraciones sobre la descripción del razonamiento judicial en la obra de Perelman.

Los auditorios que tienen interés para la argumentación judicial son tres: el constituido por los abogados o las partes en litigio, el de los tribunales superiores y el de la opinión pública. Incluye Perelman en este último también la opinión de los legisladores ante las resoluciones de los tribuna-

⁽²⁴⁾ Estos trabajos en su casi totalidad están recogidos en las siguientes recopilaciones: *Justice et raison*, Ed. Presse Universitaires de Bruxelles, 1963; *Droit, Morale et Philosophie*, LGDJ, París, 1968; *Le Champ de l'argumentation*, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruselas, 1970 y reproducidos en *Ethique et Droit*, Université de Bruxelles, Bruselas, 1990.

⁽²⁵⁾ A esto denomina Perelman la "paz judicial", esto es cuando el juez logra "convencer a las partes, público, colega y superiores que ha juzgado de una manera equitativa", en "Droit, logique et épistémologie", en *Ethique et Droit*, p. 630.

les⁽²⁶⁾. Estos tres auditorios responden a los diferentes sectores del mundo jurídico que, en conjunto, ejercerían una suerte de control de racionalidad del fallo o decisión judicial. La dirección de la argumentación a estos auditorios asegura la aceptabilidad de la decisión judicial que es, en definitiva, a lo que debe aspirar la administración de justicia según Perelman. Podría decirse que la aceptabilidad funciona como un principio regulativo de la argumentación, tal como lo entiende Aarnio⁽²⁷⁾ pero como se verá en la teoría perelmaniana se halla conjugado con elementos de índole fáctico de acuerdo con un planteo retórico.

La multiplicidad de auditorios en el derecho supone que la argumentación no será sólo de orden jurídico, sino también deberá atender otros aspectos: social, moral, económico y político⁽²⁸⁾. El juez, señala Perelman, “deberá conocer los valores dominantes en la sociedad, sus tradiciones, su historia, la metodología jurídica, las teorías reconocidas, las consecuencias sociales y económicas de una y otra toma de posición, los méritos respectivos de la seguridad jurídica y la equidad en una situación dada”⁽²⁹⁾.

Aquí se presenta un primer problema. La argumentación o justificación por el principio de adaptación al auditorio no sólo será diversa en razón de la materia, sino también en razón de la concepción acerca del Derecho y la justicia que sustenten los auditorios. Hay que considerar aquí que la Teoría de la argumentación tiene como valor fundamental la pluralidad. Así lo reconoce Perelman: “la motivación se adaptará al auditorio que se propone persuadir, a sus exigencias en materia de Derecho, de justicia, a la idea que posea del papel y los poderes del juez, en el conjunto de las instituciones nacionales e internacionales”; y concluye, “como esta concepción varía según las épocas, los países, y las ideologías dominantes, no hay verdad objetiva en esta materia, sino únicamente una tentativa de adaptación a una situación dada”⁽³⁰⁾. El problema se traslada a si es posible encontrar en la “situación dada” una comunidad de idea con respecto a la justicia y el Derecho, de lo contrario queda abierta la cuestión por saber a cuál de las diversas concepciones debe adaptarse el fallo judicial. Al respecto, no hay criterio alguno. Pero aún más, puede presentarse el caso de auditorios con concepciones acerca de la justicia y el Derecho incompatibles con la del juez. La hipótesis se descartaría si Perelman pensara en la existencia de un acuerdo básico acerca de estos temas. Sin embargo, en este caso, haría falta precisar la articulación de éstos con la afirmación del pluralismo.

Otro problema, y que es el motivo del presente trabajo, es el del papel de los auditorios. Si éstos indican los elementos que debe considerar el juez para que su decisión sea aceptable⁽³¹⁾ o, con su adhesión efectiva, se erigen en criterio de la racionalidad jurídica. Dicho con otras palabras, si la justificación que elabora el juez tiene que ser aceptable o aceptada. El tema se relaciona con el problema de los criterios de razonabilidad del discurso jurídico, de ahí su importancia.

Cuando Perelman trata este aspecto desde la perspectiva del razonamiento judicial, se refiere por lo general a una tendencia a la aceptación que el juez debe procurar para la decisión⁽³²⁾; funcionaría como un principio regulativo. Pero desde la perspectiva que ofrece la Teoría de la argumentación se llegaría al

⁽²⁶⁾ Sobre aceptación y legitimación en Aarnio, vid. “Sobre la racionalidad de la racionalidad. Algunas observaciones sobre la justificación jurídica”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1983-1984, pp. 10-11.

⁽²⁸⁾ Cf. *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, cit., p. 173 (trad. P. 228).

⁽²⁹⁾ “En una sociedad democrática es imposible mantener la visión positivista del Derecho, según la cual no sería más que la expresión arbitraria de la voluntad del soberano. El Derecho, para funcionar eficazmente, debe ser aceptado y no sólo impuesto por la coacción”, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, cit., p. 175 (trad. P. 231).

⁽³⁰⁾ Perelman, Ch., “La motivation des décisions de justice”, en *Ethique et Droit*, cit. p. 679.

⁽³¹⁾ Esta sería por ejemplo la postura de Esser. Perelman, resumiendo algunas afirmaciones del autor alemán, señala con respecto a la solución que es difícil pensar que exista una sola forma de concebir su legalidad; antes bien, una idea previa de la solución como justa, razonable y aceptable orienta al juez en su búsqueda de una motivación jurídicamente satisfactoria. Y agrega que serán los valores relativos al carácter adecuado de la decisión los que guían al juez en su búsqueda de lo que es justo y conforme a Derecho. Vid., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, cit., p. 83.

⁽³²⁾ En *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, señala, “el Derecho se desenvuelve en una doble exigencia, una de orden sistemático, la elaboración de un orden jurídico coherente, la otra, de orden pragmático, la búsqueda de soluciones aceptables por el medio, porque son conformes a lo que considera éste como justo y razonable”, p. 173 (trad., p. 228).

segundo caso, puesto que la racionalidad en el auditorio particular se alcanza por el consenso, a falta de una instancia o criterio que juzgue la validez de los argumentos. Ello significa que la adhesión tiene que ser efectiva. Este supuesto, como es evidente, resulta de improbable concreción, especialmente con respecto a la opinión pública; sin embargo, desde la Teoría no existen otras posibilidades. En el caso del auditorio particular—el auditorio jurídico lo es—, el consenso no sería una pauta normativa que orienta las argumentaciones, sino la prueba de su razonabilidad. Es decir, la argumentación es razonable porque alcanzó el acuerdo, la adhesión. En cambio sí tiene una función reguladora el auditorio universal. Pero entonces habrá que confirmar si en el ámbito del Derecho es de aplicación dicho auditorio⁽³³⁾.

Perelman no se pronuncia sobre la aplicabilidad del auditorio universal en el Derecho, por lo que queda sujeto a las interpretaciones de su teoría. Aunque en principio parece que en el Derecho el discurso se dirigiría a auditorios particulares no cabe descartar la posibilidad de que el juez, cuando argumenta, también se dirija a un auditorio universal⁽³⁴⁾. Esto resulta claro en el caso del auditorio científico considerado como auditorio universal para quien lo reconozca como tal. Pero esto vale de modo restringido para los científicos del Derecho. Los otros auditorios, las partes, los tribunales superiores, son concretos y condicionan la argumentación del juez. En ese caso, el discurso judicial sería un discurso persuasivo porque los auditorios a los que se dirige son particulares. Podría agregarse, en apoyo a esta interpretación, que Perelman nunca habla de argumentación racional en Derecho, como sería la que se dirige a un auditorio universal; en cambio, sí habla de argumentos razonables. Sin embargo la cuestión de la aplicabilidad del auditorio universal al ámbito jurídico permanece abierta.

Más allá de las dudas señaladas, la razonabilidad de la argumentación jurídica está presidida por un principio de corte retórico, la adaptación del orador al auditorio con el fin de procurar la aceptabilidad. Este objetivo es de suma importancia, puesto que, como se dijo, señala un principio regulativo en la argumentación. De manera que en el planteo de Perelman habría una combinación de factores empíricos, estrictamente retóricos, con factores normativos. Los auditorios jurídicos proveen al juez los puntos de partida de su argumentación, éste tiene que conocer las expectativas de justicia,

³³ Calvo García interpreta que en el discurso jurídico corresponde el auditorio universal. No parece del todo exacta la interpretación que hace este autor. Se transcribe a continuación su opinión: “La retórica o argumentación racional, tal y como es concebida por Perelman y Olbrechts-Tyteca, no busca persuadir. Pretenden construir una teoría racional de la argumentación y, en este sentido, dan prioridad a la convicción sobre la persuasión. Tratan de fundamentar una lógica específica que tiene como finalidad identificar argumentos capaces de convencer, esto es, válidos objetivamente. Lo cual quiere decir, en primer lugar, que la eficacia no se liga al efecto, sino a los cánones de aceptabilidad racional vigentes en una determinada comunidad científica. Por esa razón, cuando se habla de argumentación racional o Nueva Retórica no se hace referencia en realidad a técnicas de elocuencia, sino más bien a un procedimiento que referendaría de antemano las soluciones correctas. De esta manera, la solución correcta vendría dada y a en los lugares comunes y las prácticas argumentativas aceptados por un código particular del campo retórico”. Calvo García, M., *Los fundamentos del método jurídico una revisión crítica*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 222-223. Para este autor el recurso al auditorio universal se aplica al ámbito jurídico, y de ahí que hable de convicción y no de persuasión. Así se entiende la siguiente afirmación: “la teoría de la argumentación racional, tras haber hecho aparecer en el escenario los condicionamientos psicossociológicos de la decisión jurídica los escamotea hábilmente. Los factores subjetivos, culturales, valorativos y otros del mismo tenor se subsumen dentro de un arquetipo o punto de referencia abstracto: el auditorio universal, la racionalidad de la razón jurídica” (p. 225). Perelman no dice nada acerca de la aplicación o no del auditorio universal en el Derecho. Este recurso, como se ha visto, sirve para distinguir entre una argumentación racional—la argumentación filosófica—, de la que razonable, dirigida a un auditorio particular. Los concretos auditorios jurídicos a los que se dirige la argumentación en el Derecho autorizan más a pensar que se está ante un discurso persuasivo, y no convincente. Ballweg también interpreta que Perelman aplica al Derecho el auditorio universal. Así parece desprenderse de su crítica: “El pensamiento de Perelman, tendente a vincular la racionalidad del pensamiento jurídico al auditorio universal, me parece poco realizable. Porque únicamente por una idealización extrema de este auditorio, su racionalidad podría ser afirmada, en tanto que para nosotros parece ser un auditorio irracional por excelencia. En verdad, la irracionalidad de un auditorio se amplía proporcionalmente a su extensión. Así, no queremos pretender al acuerdo del auditorio como criterio de racionalidad, sobre todo porque en una sociedad de masas el acuerdo se hace cada vez más por transmisión”, Ballweg, O., “La rationalité prudentielle”, *Archives de Philosophie du droit*, XXIII, 1978, p. 258.

³⁴ Esta posición es sostenida por Aarrijo, A., *Lo racional como razonable*, cit., p. 280 y “Sobre la racionalidad de la racionalidad. Algunas observaciones sobre la justificación jurídica”, cit., p. 8. También como se ha señalado, Calvo García, M., *Los fundamentos del método jurídico una revisión crítica*, cit. pp. 221 y ss.

equidad, principios y valores que sostienen dichos auditorios, a partir de los cuales construirá una argumentación que pueda tener la capacidad de ser aceptada—aceptable— aunque de hecho no lo logre. En ese caso, la adhesión, el consenso, no sería el fundamento de la racionalidad sino la aspiración, la intención de consenso. De ello se desprende que los auditorios jurídicos tienen una función un tanto menor para el caso de sostenerse una versión de exclusivo carácter retórico, puesto que no son los “sancionadores” de la racionalidad jurídica. De lo contrario, no existiría en la teoría de la argumentación retórica ningún parámetro que juzgue la validez de los argumentos por lo que todo quedaría reducido a la eficacia. Ello llevaría a la situación de que cualquier recurso que consiga la adhesión quede automáticamente validado y el control de razonabilidad en las decisiones que toma el juez en el proceso de aplicación del Derecho devendría inexistente.

En definitiva, se observa que Perelman pone el acento en el principio de adaptación, propio de la retórica, buscando con ello más la eficacia del discurso que la validez. Pero, a la vez, lo equilibra al señalar la “aceptabilidad” de la decisión como pauta de racionalidad. Así existe una cierta tensión entre eficacia y validez. Esto se explica porque Perelman no desea abandonar el planteo retórico, pero advertido de su insuficiencia agrega algunos pocos elementos regulativos para evitar una segura caída hacia una racionalidad meramente estratégica, persuasiva.

Una versión quizá menos problemática que la de Perelman la brinda Aarnio, quien también sostiene el principio de aceptabilidad pero con relación a un auditorio que supera los problemas que presentan tanto el auditorio particular como el universal. Este auditorio sería, tal como lo concibe Aarnio, el auditorio ideal particular. El auditorio en cuanto ideal, “cumple con la condición de racionalidad” y en cuanto particular, está cultural y socialmente determinado⁽³⁵⁾. En palabras de este autor: los miembros del auditorio ideal particular se obligan a seguir las reglas del discurso racional, y han adoptado valores comunes según una determinada forma de vida⁽³⁶⁾. A partir de esta concepción de auditorio es posible establecer el principio de aceptabilidad racional como regulador de la racionalidad práctica. Aquí se combina el requisito de la racionalidad, excluyendo la persuasión, con una base común de valoraciones, convicciones y puntos de vista. La argumentación acerca de los valores será racional si logra producir el consenso de un auditorio así concebido, o al menos la mayoría de dicho auditorio. Se salva la racionalidad del discurso jurídico al introducir un criterio regulador del mismo. Problema aparte será averiguar las dificultades que a su vez puede suscitar este planteo. Ahora bien, abandonado el principio de adaptación se abandona la relación retórica.

Conclusión. Una cuestión abierta: la teoría de los auditorios y la legitimidad del derecho judicial

No obstante las dificultades de la teoría de los auditorios como control de razonabilidad de las decisiones judiciales, es posible encontrarle otra función. El principio perelmaniano de adaptación podría ser útil para el problema de la legitimación del derecho judicial. Aceptado el hecho de que existe en la sentencia judicial una cuota, aunque sea mínima de creatividad⁽³⁷⁾, se abre la interrogante por la legitimación de la producción normativa judicial en especial cuando se apartan de las disposiciones legales.

Al respecto, y siguiendo en este punto a Pietro Sanchís, se pueden efectuar las siguientes precisiones. Cabe distinguir tres clases de legitimación:

* Legitimación por el ejercicio: se manifiesta en la función que cumple la motivación de los fallos

⁽³⁵⁾ Aarnio, A., *Lo racional como razonable*, cit., p. 284.

⁽³⁶⁾ Aarnio reconoce aquí la inspiración de Wittgenstein.

⁽³⁷⁾ Cf. Pietro Sanchís, J., *Ideología e interpretación jurídica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 109.

como justificación y control de la producción normativa judicial al explicitar la forma en que ejerce su actividad los jueces⁽³⁸⁾.

* Legitimación que se encuentra en la Constitución: entendida ésta como manifestación de la soberanía del pueblo, en los artículos que se refieren a la organización, competencia y atribuciones del Poder judicial. En este caso, la legitimación se produce, según el citado autor, por la virtudes formales o procedimentales, en cuanto “es el modo de producir Derecho y la especial posición de los tribunales lo que autoriza o legitima la creación judicial”⁽³⁹⁾.

* Legitimación sustantiva: es aquella que respalda los criterios materiales distintos a los de la ley que adopta el juez en su fallo. Ésta es la legitimación más problemática y, por tanto, la que mayores dificultades plantea a la hora de hallar y justificar dichos criterios. Y como bien señala Pietro Sanchis, aunque con sentido crítico, aquí es donde aparecen las propuestas hermenéuticas, dialécticas⁽⁴⁰⁾ y, aquí se agrega, retórica.

Por la adaptación, se ha dicho, el orador debe conocer su auditorio, sus creencias, convicciones, escala de valores con el fin de obtener su adhesión, el consenso. Aplicado al ámbito jurídico o más concretamente al judicial, el juez debe conocer la comunidad jurídica, concebida como auditorios, porque en ella existen criterios de justicia material, pautas interpretativas, valoraciones no recogidos en el derecho positivo⁽⁴¹⁾. Por el principio de adaptación habría una exigencia de aproximación de la decisión judicial al medio social en que se aplica, de manera que, en el momento de elaborar el fallo, el juez debe evaluar, ponderar, el sistema de valoraciones, su jerarquía, las convicciones y puntos de vista que los auditorios jurídicos aceptan. En los auditorios, por tanto, el juez halla criterios materiales, que, integrados con normas y principios del ordenamiento jurídico producen un fallo más ajustado a la realidad social que aquel que no lo considera. No se escapa que desde esta perspectiva la teoría de los auditorios se acerca más a la teoría de las fuentes del derecho que al problema de la razonabilidad del derecho, para la cual fue concebida. Tampoco se desconoce los subsecuentes problemas que derivarían desde esta óptica, tales como por ejemplo el mecanismo, o la forma en que el juez detectaría dichos criterios para realizarlos en la sentencia y tampoco se deja de ver el rechazo que generaría para las mentes legalistas el avance de la normatividad hacia el medio social que este planteo supone.

Para terminar, y a modo de conclusión, la introducción de los auditorios supuso un enriquecimiento de los elementos para valorar en la decisión judicial. Ello resulta positivo en orden a ajustar el fallo a las demandas sociales aunque, como se reconoció, esto trae nuevos problemas. No obstante se puede afirmar que unos de los aportes más importante de la Teoría de la argumentación al Derecho es haber llamado la atención sobre la importancia de tener en cuenta aquellos a quienes la decisión interesa, aunque sea de distintas maneras y por diferentes motivos. Ello ha contribuido a la teoría de la decisión judicial en un doble sentido. Por un lado, la teoría de los auditorios creó la necesidad de considerar pautas o parámetros no recogidos en los textos legales que los enriquecen y completan. Por otro, sirvió para acentuar el control de la actividad judicial, al puntualizar con claridad a quiénes los jueces deben considerar al momento de argumentar sus decisiones para dar prueba de su racionalidad.

⁽³⁸⁾ *Ibid.*, p. 117. En este aspecto, destaca el autor que la motivación pone en evidencia el carácter heterónomo que tiene el Poder Judicial como órgano de producción jurídica. La obligación de motivar prueba que “ostentan un poder delegado y no soberano”.

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, p. 119.

⁽⁴⁰⁾ *Ibid.*, p. 120.

⁽⁴¹⁾ En este sentido cabe encontrar una cierta aproximación de la Teoría de Perelman con los trabajos de Esser, cuando señala que en la actuación social existen principios regulativos para cada caso concreto o Dworkin que sostiene la existencia de verdaderos postulados de justicia.