

## Retórica jurídica

Gerardo Ribeiro Toral\*

### RESUMEN

La retórica jurídica es una técnica de argumentación y un modo de construir la verdad. La retórica jurídica que se propone en el artículo concibe al lenguaje como un proceso de construcción en el que la competencia lingüística, entendida como la capacidad de actuar lingüísticamente del sujeto, constituye el eje fundamental de las prácticas discursivas jurídicas. Proponemos que el discurso del lenguaje legal es una construcción en permanente desarrollo, oponiéndonos a la idea del lenguaje como algo dado.

### ABSTRACT

The legal rhetoric is a technique of argument and a way to build the truth. The legal rhetoric suggested in the article conceives language as a process of construction of the linguistic competence (understood as the ability of the subject to act linguistically), and is considered the cornerstone of the legal discursive practices. We stipulate that the legal discourse language is a construction in constantly giving, opposing us to the idea of language as a given.

Recibido: 25 de septiembre de 2011  
Aceptado: 23 de noviembre de 2011  
Artículo basado en las instrucciones para  
autores vigentes hasta junio 2011

### RETÓRICA JURÍDICA

Hay una línea de relación entre retórica y filosofía que va desde Platón a Quintiliano, y una línea de relación entre retórica y persuasión que va de Gorgias a Cicerón. Para la primera secuencia, la retórica es la estructura que facilita la “enseñanza” de la idea de lo justo, sin embargo, en la segunda secuencia, la estructura y las figuras retóricas ocupan el lugar del argumento persuasivo en aras del fin procesal. En la primera secuencia, la retórica es la estructura del discurso al servicio del argumento; en la segunda secuencia, la estructura retórica es el argumento. El problema planteado aquí es, en última instancia, la relación entre el pensamiento y el lenguaje: o el lenguaje es la estructura del pensamiento, o el lenguaje es un modo de presentarse del pensamiento. Esta disyuntiva coloca al *logos* por un lado, y a *mythos* por otro. El primero apela a la razón y el segundo apela a la persuasión. El *logos* se instituye en el discurso filosófico desde categorías tales como racionalidad, verdad, identidad, sujeto, y modelos de referencia tales como método, objetividad, objeto. Al *mythos* solo le queda la narración para ofrecerse. Lo que está en juego es la verdad. Ese es el problema real: o es el discurso del *logos* el único que puede dar cuenta de lo verdadero, o el discurso persuasivo también puede narrar un modo de presentarse la verdad. La relación entre retórica y filosofía se presenta en la pretensión de verdad que se deriva de la razón, de la persuasión y de la seducción: ¿la palabra nombra al mundo o la palabra crea al mundo?

Denominar el mundo es describirlo, luego entonces, es posible hacer un argumento analógico entre la descripción y el conocimiento (ya que ambos comparten ciertos predicados). Aceptar el predicado compartido significaría entonces aceptar la descripción como pertinente a la cosa. De ahí se desprendería la premisa de que la verdad está asociada al conocimiento: solo será verdad aquello que se describe como inherente a la cosa. Sin embargo, crear el mundo por medio de la narración es dar cuenta de un modo de ser de la existencia, de un modo particular de presentarse la existencia. No tiene la pretensión de dar cuenta del ser de la cosa en cuanto tal, sino afirmar el modo particular en que se presenta esa narración en relación al resto de las narraciones comunitarias como paradigma de identidad.

#### Palabras clave:

Retórica; discurso legal; lingüística; argumentación.

#### Keywords:

Rhetoric; legal discourse; linguistics; argumentation.

\* División de Ciencias de la Vida, Campus Irapuato-Salamanca, Universidad de Guanajuato. Ex Hacienda “El Copal”, Carretera Irapuato-Silao km. 9, Irapuato, Guanajuato. Mexico. C. P. 36820. Teléfono: 462 624 18 89. Correo electrónico: gerardoribeiro@hotmail.com

La relación entre retórica y filosofía no es moral, como lo quiere plantear Platón, sino epistemológica. Es decir, la retórica se tensa entre ser un medio de expresión y fungir como un modo de comprender la realidad. En otras palabras, la retórica puede ser tanto un medio de expresión, como una forma de comprender la realidad (entendida ésta como la manera en que se construye discursivamente la existencia). La realidad se refiere a la materialidad del mundo, mientras que la existencia se refiere a las diversas discursividades que las comunidades construyen en torno a la relación del sujeto con otros sujetos y con la materialidad. A esa comprensión le denominamos *verdad comunitaria*, dado que no tiene la pretensión de describir al ente como una verdad probada, sino que tiene la voluntad de narrar al ente en relación con la comunidad y, por lo tanto, comprender la existencia. Al concepto de realidad (la materialidad del mundo) le corresponde un discurso construido desde el convencer, desde el ofrecer verdaderas razones. Al concepto de existencia (la discursividad comunitaria acerca de la relación entre el mundo material y la comunidad) le corresponde un discurso construido desde la persuasión y la seducción: el concepto de existencia es una construcción retórica.

El argumento sustancial deriva de la concepción del lenguaje. Las descripciones que el *logos* hace del ente parten del supuesto de que la palabra nombra los objetos. Detrás de esta concepción se encuentra la idea de que el lenguaje tiene como función primordial la de representar la realidad. Si esto es así, entonces el enunciado es el soporte material por medio del cual la verdad se expresa predicando uno o varias propiedades del mundo objetual. La teoría semántica de la verdad de Tarski es un ejemplo claro de esta concepción. No obstante, dicha concepción del enunciado como “verificable” ha sido respondida por otros filósofos. La teoría de la verdad de Tarski ha llevado a autores como Austin a afirmar que se “ha llegado a advertir que muchas palabras especialmente desconcertantes, incluidas en enunciados que parecen ser descriptivos, no sirven para indicar alguna característica adicional, particularmente curiosa o extraña, de la realidad, sino para indicar (y no para registrar) las circunstancias en que se formula el enunciado o las restricciones a que está sometido, o a la manera en que debe ser tomado, etcétera. Pasar por alto estas posibilidades, tal como antes era común, es cometer la llamada falacia ‘descriptiva’” (Austin, 1996).

La concepción descriptiva del lenguaje de Austin, su concepción representacional del mismo, lo lleva a plantear la siguiente distinción: cuando alguien dice algo, ¿qué está haciendo? El acto de decir, de emitir

sonidos con cierta entonación, es denominado por Austin como *acto locucionario*, y es descrito como un evento que equivale a expresar cierto enunciado con un cierto sentido y referencia (lo que, a su vez, es aproximadamente equivalente al “significado” en el sentido clásico). El acto que llevamos a cabo al decir algo que pretende informar, ordenar, advertir, comprometerse, etcétera (esto es, un acto que tiene una cierta fuerza) es el *acto ilocutorio*. Por último, los actos que llevamos a cabo porque queremos decir algo son los *actos perlocutorios*, y son estos los que producimos o logramos porque decimos algo con objeto de convencer, persuadir, disuadir e incluso, digamos, sorprender o confundir.

De lo anterior se deriva que el nivel pragmático del enunciado es recuperado por Austin como uno de los elementos de la significación, al afirmar que “normalmente, decir algo producirá ciertas consecuencias o efectos sobre los sentimientos, pensamientos o acciones del auditorio (...) al decir algo lo (hacemos) con el propósito, intención o designio de producir tales efectos” (Austin, 1996). Sin embargo, esta afirmación de Austin está centrada en el nivel informativo del lenguaje (prometer, advertir, afirmar, felicitar, insultar, etcétera) que se expresa en el nivel pragmático.

Searle, por su parte, lleva este nivel pragmático hasta la redefinición de *lengua* (en el sentido de *parole* y *langue* saussureanos) y afirma que:

...hablar un lenguaje consiste en realizar actos de habla, actos tales como hacer enunciados, dar órdenes, plantear preguntas, hacer promesas (...) y en segundo lugar, que esos actos son en general posibles gracias a, y se realizan con, ciertas reglas para el uso de los elementos lingüísticos (...); la producción de una oración-instancia bajo ciertas condiciones constituye un acto de habla y los actos de habla (...) son las unidades básicas o mínimas de la comunicación lingüística. (Searle, 1994).

Esta concepción que prioriza el nivel pragmático de la lengua conduce a Searle a proponer que una teoría del lenguaje forma parte de una teoría de la acción simplemente porque hablar un lenguaje es una forma de conducta gobernada por reglas. A esas reglas se denominarán, de aquí en adelante, *recursos retóricos* o *retórica jurídica*.

Por otra parte, con Van Dijk se puede resumir que los actos de habla:

son realmente acciones: hacemos algo, a saber, producimos una serie de sonidos o signos ortográficos

que, como enunciado de una lengua determinada, tiene una forma convencional reconocible, y además ejecutamos este hacer con una intención correspondiente, determinada, dado que normalmente no nos pronunciamos en contra de nuestra voluntad y sabemos controlar nuestra lengua. (Van Dijk, 1978).

Desde la concepción retórica que sostengo, se recupera la perspectiva pragmática del lenguaje como actos de habla, pero a ello abonamos que la palabra no nombra los objetos sino que los evoca. La palabra no nombra los objetos porque no hay una relación de pertinencia entre la palabra (significado) y el objeto, sino, más bien, existe una evocación que refiere la relación entre el significado y los múltiples objetos posibles de ser designados. El universo semántico de la palabra es un conjunto de evocaciones posibles, por lo que la palabra no tiene una garantía ontológica en la relación entre palabra y realidad. Es el propio modo de ser polisémico de la palabra el que invalida su pretensión de descripción objetiva. El conjunto de significados solo nombra al ente cuando el oyente construye el sentido de la oración, es decir, cuando relaciona uno de los significados posibles de la palabra con otro significado posible de la otra palabra que le sigue, y que posee muchos más que el significado relacionado. Los significados están en la palabra, el sentido está en el espacio en blanco que hay entre palabra y palabra: los significados son propios del vocablo, el sentido es propio del lector y se construye en el espacio en blanco que hay entre palabra y palabra. Por ende, es narrando como se construye el sentido de la verdad, y no describiendo al ente (debido a la ya citada imposibilidad que tiene la palabra para nombrar). Una fundamentación ontológica del lenguaje desde el *logos* cancela toda posibilidad polisémica del lenguaje.

La concepción de lenguaje que se propone, y desde la cual se construye la reflexión sobre la presente idea de retórica jurídica, consiste en reconocer que el sentido del enunciado se construye desde las estrategias discursivas que se presentan como recursos retóricos. Hablar un lenguaje consiste en realizar actos de habla -se afirmó anteriormente citando a Searle-; dichos actos (entendidos como la realización de enunciados, la expresión de órdenes, el planteamiento de preguntas, o el prometer) son posibles gracias a ciertas reglas para el uso de los elementos lingüísticos. En este mismo sentido del lenguaje como construcción, afirma Searle que “la producción de una oración-instancia bajo ciertas condiciones constituye un acto de habla y los actos de habla (...) son las unidades básicas o mínimas de la comunicación lingüística”. Por lo anterior, concluye el

mismo autor: “una teoría del lenguaje forma parte de una teoría de la acción, simplemente porque hablar un lenguaje es una forma de conducta gobernada por reglas” (Searle, 1994).

El modo de presentarse ese sentido construido por el hablante, y que se encuentra gobernado por una serie de reglas retóricas (fónicas, sintácticas y semánticas), es la descripción que dicho sentido (enunciado) hace de su propia enunciación. El lenguaje se entiende, entonces, como autorreferencial: el referente de las palabras del sentido son las palabras del enunciado. Por el simple hecho de remitirse a sí misma por medio de su función de metalenguaje, la lengua es autorreflexiva y autorreferente y, por ello, las concepciones descriptivas, representacionales o veritativas de la lengua quedan excluidas.

La escritura de la argumentación jurídica se ha liberado del referente y no se refiere más que a sí misma: es un conjunto organizado de signos (argumentos) que se refiere a otro conjunto organizado de signos (ley). La diferencia entre uno u otro es que uno de esos sistemas organizados de signos se erige en realidad, y el otro sistema organizado de signos se refiere a él al momento de construir su nivel expresivo. Son, pues, formas hablando de formas o, simplemente, sistemas autorreferenciales que se desarrollan en un espacio lingüístico denominado *discurso jurídico*.

La retórica jurídica vista desde esta perspectiva es, a un tiempo, una técnica de argumentación y un modo de construir la verdad. Y esto es posible dado que la preocupación no radica en el ente sino en la relación que la comunidad establece con el ente en sí, y esta relación se expresa en las prácticas discursivas comunitarias. La palabra en la retórica pierde la supremacía de la función denotativa en el *logos* y asume la función poética, emotiva, metalingüística y fundamentalmente metafórica. Esta retórica jurídica concibe al lenguaje como un proceso de construcción del que la competencia lingüística, la capacidad de actuar lingüísticamente del sujeto, constituye el eje fundamental de las prácticas discursivas jurídicas (dejando de lado la idea del lenguaje como un estado de cosas preestablecidas). El lenguaje del discurso jurídico es una construcción en permanente desarrollo, una concepción claramente opuesta a la idea del lenguaje como algo dado. Ese dándose del discurso es posible en, y gracias a, la competencia lingüística.

Las figuras retóricas son formas de construcción del sentido que argumentan la verdad del hablante desde

los más variados horizontes lingüísticos: intertextualidad, la metatextualidad, la hipertextualidad, etcétera.

## RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La construcción del sentido del enunciado legal se realiza desde la intencionalidad de la triada procesal, por lo tanto, las tres argumentaciones jurídicas (las partes en litigio y el juez) realizadas dentro del juicio construirán tres mundos posibles (problemas) y construirán tres soluciones distintas a un mismo problema (factores que serán valorados retóricamente para elegir entre ellos).

Las partes en juicio no tienen en común la ley ni los hechos, sino que tienen en común la materialidad del lenguaje de la ley y de los hechos. Esto es, el corpus jurídico que regula la disputa es un conjunto de signos comunes entre ellos, pero ese conjunto de signos adquiere sentido cuando, desde sus intencionalidades procesales, las partes construyen el sentido de esos signos comunes. De la misma manera, los “hechos” del juicio son un conjunto de signos con diversas funciones lingüísticas, tales como la narración, la descripción y la explicación que serán relacionados, organizados y valorados desde las intencionalidades procesales de las partes. De aquí se deriva la siguiente afirmación: las partes no construyen diversas interpretaciones sobre los mismos hechos, sino que las partes construyen el sentido de los hechos y el sentido de la ley, posteriormente argumentan su creación. No hay, pues, objetividad legal y fáctica, porque tanto la ley como los hechos son construcciones discursivas.

Las partes en el proceso legal ofrecen soluciones distintas para resolver el caso, pero ello no significa que una de estas argumentaciones sea correcta (y por lo tanto legal), o que las otras sean argumentaciones incorrectas (y por lo tanto no son legales). Lo que en verdad ocurre es que las partes construyen los hechos y construyen el sentido de las normas de manera diferente porque, en primer lugar, la materialidad de la ley es el lenguaje y, por ello, no hay relación directa entre el signo lingüístico y el objeto nombrado (solo hay evocaciones). Los hechos son interpretaciones, por consiguiente, son construcciones personales. Desde esta condición de la materialidad de la ley y de los hechos, las partes construyen y reivindican sus intencionalidades procesales. Uno de los instrumentos que la ley se ha dado para delimitar esta espiral, al parecer interminable de construcción de sentidos, es la jurisprudencia que vuelve obligatorio, para los jueces, las interpretaciones de la corte federal cuando son votadas por ocho o más ministros.

Las argumentaciones de las partes en el juicio siempre son incommensurables porque las partes “viven” en mundos diferentes, porque construyen mundos diferentes. De tal suerte, en palabras de Kuhn, se puede entender la incommensurabilidad:

...durante las revoluciones los científicos ven cosas nuevas y diferentes al mirar con instrumentos conocidos y en lugares en los que ya habían buscado antes (...) los cambios de paradigmas hacen que los científicos vean el mundo de investigación, que le es propio, de manera diferente. (Kuhn, 1998).

El discurso jurídico litigioso de las partes construye paradigmas desde los cuales resuelve los problemas jurídicos. Por *paradigmas* entendemos lo mismo que Kuhn, a saber, “toda la constelación de creencias, valores, técnicas, etcétera, que comparten los miembros de una comunidad dada” (Kuhn, 1998), la cual les permite resolver problemas de la misma manera. De este modo, la simple intencionalidad procesal de las partes es ya compartir un punto de vista. En el discurso de la defensa y en el discurso del fiscal (o en partes en igualdad, como en materia mercantil), la elección de paradigmas es discrecional. Sin embargo, el paradigma judicial es un paradigma institucional en donde la constelación de creencias, valores y técnicas (criterios y jurisprudencias judiciales de la corte federal que les permite resolver problemas de la misma manera) es sostenida obligatoriamente por todos los miembros de la institución judicial. Estos discursos se oponen, se enfrentan, pero fundamentalmente proponen soluciones diversas al problema jurídico porque se construyen desde paradigmas diferentes. Y esa forma particular de resolver los problemas judiciales debe ser también entendida como un paradigma, pero ahora en una segunda acepción del concepto: “las concretas soluciones de problemas que, empleadas como modelos o ejemplos, pueden remplazar reglas explícitas como base de la solución de los restantes problemas (...) (paradigmas como ejemplares logros del pasado)” (Kuhn, 1998).

Los discursos jurídicos litigiosos son, entonces, estructuralmente incommensurables por ser contruidos desde intereses (deseos) jurídicos diversos. Entendemos por *discursos jurídicos incommensurables* cuando dos argumentos opuestos resuelven un mismo problema desde perspectivas diferentes. En dicho sentido, el juicio consiste en valorar y posteriormente elegir entre las teorías incommensurables propuesta por las partes. No obstante, el debate sobre la elección de teorías, al decir de Kuhn, no puede hacerse como si se valorara una prueba lógica o matemática en donde desde el

principio quedan estipuladas las premisas y reglas de inferencia. Si hay desacuerdo entre las partes, es suficiente con revisar las estipulaciones anteriores hasta encontrar el error de uno o del otro que ha violado una de las reglas previamente aceptada. Pero la inconmensurabilidad no es de las pruebas ofrecidas sino de las premisas que sostienen a las teorías construidas por las partes en sus argumentos jurídicos, por lo cual se recurre a la persuasión para sostener la demostración de las premisas. Kuhn afirma que persuadir a alguien es convencerlo de que nuestra opinión es mejor que la suya y que debe remplazarla. Esta definición solo atiende a la finalidad de la persuasión, sin embargo, el problema desde la retórica jurídica es saber cómo se construye el discurso persuasivo, es decir, cuáles son las acciones del lenguaje sobre el lenguaje que dan como resultado que alguien cambie de opinión.

La elección entre teorías inconmensurables no es, pues, un procedimiento neutral sino un procedimiento retórico consistente en persuadir al auditorio (en este caso, el auditorio judicial). Siempre es el auditorio judicial el fin de la persuasión: a) las partes construyen un discurso que tiene como finalidad convencer al juez de la validez de su teoría, y b) el juez, en su sentencia, construye un discurso que está dirigido a las partes en litigio como auditorio formal pero que, sin embargo, cuenta con el objetivo real de persuadir a sus superiores jerárquicos (juez de apelación, corte federal, etcétera) de que la teoría elegida (es decir, el argumento jurídico de una de las partes o la teoría construida por él, y presentada a modo de argumento) es más convincente que las otras.

El juez elige la teoría más convincente, o construye la teoría más convincente, pero este acto nunca es personal, siempre es institucional y comunitario. La obligatoriedad legal que tiene el juez de aplicar los criterios y jurisprudencias de la corte federal le confieren a las decisiones un carácter institucional. Aún más, estos criterios y jurisprudencias de la corte federal están acotados, condicionados y determinados por las diversas fuerzas que interactúan en la comunidad y configuran su construcción, así como los propios argumentos encontrados de los ministros. La elección de los argumentos jurídicos inconmensurables siempre es una elección institucional y comunitaria. Si bien los criterios y jurisprudencia de la corte están condicionados por las diversas fuerzas políticas, económicas, culturales y morales de la comunidad, es indiscutible que los criterios de ponderación y aplicación jurídica de esos criterios está condicionado por una comunidad mucho más pequeña y especializada. Esta comunidad se encuentra conformada por todos

los operadores jurídicos que van desde los abogados litigantes, el sistema judicial, hasta las escuelas de derecho, pasando por los poderes públicos y todas aquellas agencias gubernamentales y no gubernamentales que tengan que ver con la construcción, aplicación y teorización de la ley. Las comunidades científicas (como las varias comunidades científicas jurídicas) son descritas por Kuhn como aquellos que comparten una bibliografía común que constituye los límites de un tema (en la teoría constitucional, la concepción liberal o la concepción comunitarista del sujeto normado, por ejemplo). Las citadas comunidades comparten un método y una técnica determinada (como las teorías sociológicas del derecho que privan en ciertas escuelas y que permiten que su comunidad de abogados se autodenomine como “científicos sociales”), asisten a ciertas conferencias y otras tantas no, comparten manuscritos de libros y tienen sus propias editoriales con una clara identidad teórica. Sobre estas comunidades, Kuhn afirma que ellas son las unidades que se han presentado como productoras y validadoras del conocimiento científico (conocimiento jurídico, en este caso). Esta estructura comunitaria del saber científico, como del saber jurídico, se expresa claramente en sus procesos de identidad comunitaria: así, un paradigma (en los dos sentidos ya apuntados) es lo que comparten los miembros de una comunidad científica y, a la inversa, una comunidad científica consiste en personas que comparten un paradigma.

En última instancia, el paradigma es la construcción de un léxico particular que permite comprender al mundo de una manera determinada y que posibilita a la comunidad epistémica resolver sus problemas particulares (en este caso, los problemas jurídicos) a partir de ese léxico que nombra al mundo de una manera determinada y diferente al mundo nombrado (comprendiéndolo de manera obviamente distante del otro dialogante). Kuhn ratifica que, como los vocabularios en que discuten las partes de tales situaciones constan predominantemente de los mismos términos, ellos tienen que estar remitiendo algunos de tales términos a la naturaleza de una manera distinta, (con lo que su comunicación inevitablemente resulta parcial). La comunidad epistémica que elige, que convalida, que rechaza, que reproduce el saber es, en realidad, una comunidad discursiva porque lo que comparte es un léxico que le permite nombrar al mundo desde una perspectiva determinada y comprenderlo desde esa construcción. De la misma forma, es el léxico y el modo de resolver los problemas lo que los diferencia de los otros y, como resultado, la superioridad de una teoría sobre otra es algo que no puede demostrarse en el debate. En cambio, cada bando, mediante la per-

suasión, debe tratar de convertir al auditorio. Por lo tanto, la elección de las premisas de los argumentos jurídicos inconmensurables se realiza desde una comunidad discursiva determinada porque la sentencia es siempre institucional y comunitaria.

## RETÓRICA Y RACIONALIDAD JURÍDICA

Ante teorías inconmensurables que proponen diversas y opuestas formas no solo de entender el sentido jurídico del enunciado legal, sino también de narrar y comprender los hechos puestos a juicio, hay que preguntarse por los estándares de validación de esas teorías a efecto de elegir aquella que resuelva el caso tanto legal como legítimamente. El proceso litigioso ha reivindicado a la prueba como el argumento decisivo en la disputa por la elección de la teoría que resolverá jurídicamente el caso concreto. Sin embargo, la disputa no está sobre los hechos, está más bien sobre la valoración jurídica de éstos. Si la disputa es sobre los hechos, entonces las partes pueden establecer una secuencia y volver sobre ella con la finalidad de saber cuáles son los hechos en los que están de acuerdo e identificar con claridad en cuáles no lo están. Tenemos entonces que el problema jurídico gira en torno al acuerdo y al desacuerdo sobre las premisas jurídicas que comprenden de un modo determinado las consecuencias de los actos; en este conflicto no hay posibilidad de volver sobre la secuencia de hechos para determinar los puntos de acuerdo y de desacuerdo, sino que las premisas son concepciones que dan lugar a la construcción del sentido, tanto de la ley como del caso concreto. En este sentido, Lakatos niega la existencia de la prueba que resolverá la disputa entre dos teorías inconmensurables y reivindica, frente a las confirmaciones o refutaciones del ensayo y error, los programas de investigación que, en última instancia, son los lenguajes científicos entendidos como los marcos conceptuales. En Lakatos, lenguajes científicos, marcos conceptuales y programas de investigación son una comunidad discursiva que nombra al mundo de un modo determinado (Lakatos, 1987).

Descartada la prueba “demostradora” como el instrumento capaz de facilitar una elección racional entre dos teorías inconmensurables, solo queda reconocer que el problema radica en las diversas concepciones que dan origen a las dos teorías opuestas. Al respecto, Kuhn afirma:

si los dos descubren que difieren acerca del significado o de la aplicación de las reglas estipuladas, que el anterior no ofrece una base suficiente para la prueba, solo entonces continúa el debate en la forma que

inevitablemente toma durante las revoluciones científicas. Tal debate es acerca de las premisas y recurre a la persuasión como preludio de la posibilidad de demostración. (Kuhn, 1998).

Es la persuasión, recurso eminentemente retórico, el que construirá la demostración. Esta demostración deja de lado la lógica y las matemáticas como instrumentos de demostración (en donde la secuencia de hechos está relacionada con las palabras) y reivindica la persuasión como la secuencia de palabras relacionada con otra secuencia de palabras. La palabra construye el “mundo” de una manera determinada y pertinente a su teoría comprensiva; el discurso persuasivo se refiere a esas palabras como si se refiriera al “mundo material”. El mundo discursivo que construye una de las partes litigantes es más o menos persuasivo que el mundo discursivo que crea la otra parte para el auditorio. Y *persuasivo* aquí quiere decir que el discurso de una de las partes es pertinente con la comunidad discursiva a la que pertenece quien elige. Reivindicar una jurisprudencia es persuadir al juez construyendo un discurso jurídico que pertenece a la comunidad discursiva de éste. La analogía en este caso es el recurso retórico que construye un discurso jurídico persuasivo.

Lo que vuelve verdadero a un argumento en una descripción externa del derecho es un conjunto de valores (legales, sociales, políticos, morales) que el intérprete habrá de ponderar en busca de la coherencia con los valores de su comunidad discursiva. Sin embargo, lo que vuelve verdadero a un argumento, en la descripción interna del derecho, es la creación del sentido del enunciado legal de una manera coherente con la construcción verosímil de la narración de los hechos. La relación entre coherencia legal y verosimilitud narrativa es independiente de la “realidad” natural y es dependiente de un contexto coherente y verosímil. El contexto se crea y dentro de ese contexto creado lingüísticamente se construye la coherencia del corpus jurídico en relación a la verosimilitud de la narración de los hechos. Una comunidad discursiva es aquella que comparte un léxico común con el cual se identifica pero, fundamentalmente, comunidad discursiva es aquella que reproduce en sus discursos y en la valoración de los discursos de los otros las premisas que legitiman y estructuran sus significados. Así, una comunidad discursiva que reivindica la racionalidad de la ciencia y la objetividad tendrá grandes críticas y objeciones a una racionalidad jurídica eminentemente retórica, constructivista e imaginativa. El problema no es quién tiene razón, sino que el problema es que son dos mundos diferentes: de lo que se trata es saber cuál de las dos teorías es capaz de persuadir a su propio auditorio.

Quien construye los argumentos jurídicos lo hace desde una práctica discursiva determinada y quien valora esos argumentos lo hace desde una comunidad discursiva que puede ser pertinente, o impertinente, a la práctica discursiva de las partes. Hay puntos en común entre las diversas comunidades discursivas pero hay puntos diversos e irreconciliables, como lo es el punto de vista de los intereses procesales. Estas comunidades discursivas que construyen discursos jurídicos (y que los valoran como legales y legítimamente aceptables) tienen ciertas características comunes y se pueden comparar con las comunidades científicas en las que se comparten bibliografías, problemas que consideran importantes, técnicas para resolver los problemas y un conjunto de soluciones a los problemas relevantes y coherentes con sus ideas. Pero, fundamentalmente, estas comunidades comparten un léxico que implica hacer a las demás partícipes de un modo de significar el mundo epistémico en el que se encuentran; son palabras-conceptos que les dan identidad como comunidad y les dan instrumentos para resolver los problemas que les atañe. Sus prácticas discursivas les permiten construir tanto su discurso, como los estándares de valoración de los otros discursos. Las prácticas discursivas constituyen a las comunidades discursivas. En resumen, las prácticas discursivas crean el discurso del grupo, y la comunidad discursiva valora los discursos de los otros grupos (los acepta o los rechaza según sea la concordancia que éstos tengan con sus conceptos y sus modelos para resolver los problemas jurídicos puestos a su consideración).

Una práctica discursiva especializada y determinada es el discurso jurídico que las comunidades discursivas particulares reivindican.

Ahora bien, por *comunidades discursivas* se entiende el mundo referencial de un grupo determinado por sus intereses comunes (mundo jurídico, artístico, científico, etcétera). Este mundo referencial es lo que constituye la formación racional con la cual la comunidad se identifica ante los otros, al elaborar un discurso coherente con ese mundo, buscando reproducirlo ya sea en el discurso de sus miembros, o al valorar y elegir la validez y consistencia de los discursos de los otros. Una comunidad discursiva, entonces, es la formación racional (racionalidad) desde la cual los miembros de una comunidad construyen la identidad de su discurso, al tiempo que les sirve de estándar de valoración para aceptar o rechazar el discurso de los otros.

La coherencia de un argumento jurídico con la comunidad discursiva a la que pertenece vuelve al argumento racional o irracional. La aceptación del argumento radica en la pertinencia o impertinencia con el conjunto de principios, valores, criterios, categorías e

instancias de legitimación que, explícita o implícitamente, determinan el desarrollo del saber jurídico que un grupo determinado impulsa y defiende.

Las partes construyen los argumentos jurídicos desde sus prácticas discursivas, y la conformidad o no de esa enunciación con la comunidad discursiva que lo va a valorar en la sentencia judicial será lo que la reconozca como racional o no racional (dependiendo si se le considera como propia o impropia). Las formaciones racionales son el contexto en el que se construyen y se valoran las prácticas discursivas especializadas como el discurso jurídico.

### LA EFICACIA RETÓRICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Todo enunciado legal debe ser interpretado para poder aplicarlo; este proceso de interpretación pasa por los intereses procesales del intérprete, por sus concepciones morales y por sus ideas acerca del derecho y por las interpretaciones institucionales obligatorias (tales como la jurisprudencia). No obstante, esta reflexión siempre lleva a una sola pregunta: ¿esta es la única solución o existen otras soluciones racionales, razonables y jurídicamente correctas? Es decir, ¿hay una o varias soluciones al caso?

Siempre hay una solución y siempre hay varias soluciones al caso. ¿Qué se quiere decir con esto? El enunciado normativo es un enunciado lingüístico. Los problemas de la interpretación normativa son los problemas de la interpretación lingüística, por lo cual, siempre hay una solución al caso cuando el intérprete tiene claramente definido sus valores morales, jurídicos y políticos y, además, los reconstruye desde una narración interpretativa. Esto es, cada vocablo del enunciado tiene varios significados; elegir uno y no elegir otro significa tomar partido por un sentido y así construir la narración interpretativa. De la misma manera, el enunciado fáctico tiene varios significados; elegir uno significa de un acto o elegir otro significado del mismo acto es construir la narración interpretativa.

Asimismo, siempre hay varias soluciones al caso cuando el intérprete tiene diversas concepciones teóricas, según los contextos de aplicación de la norma. Cuando la argumentación jurídica es concebida como un instrumental de trabajo que será utilizado por el operador jurídico para resolver interpretaciones, los casos se darán siempre como casos difíciles o fáciles: lo que está en juego, caso a caso, es la concepción que el sujeto tiene de sí mismo y las concepciones que lo sostienen cotidiana y trascendentalmente. Por tal motivo, necesita de estas herramientas para justificar decisiones interpretativas y adjetivar los casos. Esto es,

los casos son difíciles o fáciles para él, dependiendo de sus propias concepciones. Definir el derecho es, esencialmente, establecer la metodología que sostendrá las aplicaciones de esas ideas en todos los casos puestos para resolver. La eficacia de una teoría jurídica comprensiva del derecho, la definición del derecho mismo, radicará en que la metodología desarrollada permita dar respuestas racionales, razonables y legales a los casos sometidos a su jurisdicción desde la coherencia de la teoría seleccionada.

Así, si el sujeto se coloca desde la concepción de H. L. A. Hart y su concepción de textura abierta del derecho (en la cual hay un núcleo claro del significado y una zona de penumbra del significado de las reglas), entonces la decisión del caso será determinada por la claridad de la regla o indeterminada por la penumbra significativa de la regla (Hart, 2000). Si por el contrario, el intérprete reivindica la concepción del derecho de Dworkin (la cual es descrita como un sistema de principios frente a un modelo de reglas), los casos difíciles siempre tienen decisiones determinadas dado que la coherencia del argumento no es tanto con el enunciado normativo, como con el o los principios reivindicados por el sistema legal (Dworkin, 1993). Para Hart, entonces, la decisión judicial es indeterminada o determinada según sea la claridad o penumbra del enunciado normativo; mientras que para Dworkin la decisión judicial siempre será determinada porque se justifica desde los principios del derecho.

Dentro de nuestra concepción retórica del derecho, la decisión es siempre indeterminada porque el argumento es una narración interpretativa que se construye materialmente sobre dos narraciones pre-existentes: una, el enunciado normativo y, la otra, el enunciado fáctico. Tanto uno como otro enunciado contienen una pluralidad de significados que solo el intérprete los puede reconstruir desde los parámetros de legalidad y coherencia. La construcción del sentido es todo el tiempo una condición suficiente para la construcción de la decisión judicial que parte de la permanente indeterminación. No obstante hay que mencionar que esa creación de lo indeterminado está condicionado (determinado) por grandes parámetros desde los cuales se produce la creación del sentido: las definiciones acerca del derecho del intérprete, las pre-interpretaciones jurisprudenciales de la corte y el universo polisémico del texto. Esto quiere decir que el intérprete no puede transformarse en la fuente del significado, ni el texto ser el único productor de significados. Es la interpenetración entre el texto (y su historia legislativa) y el intérprete (y su historia teórica), con todos los prejuicios y tradiciones de uno y otro, lo que hace posible el movimiento de la creación del sentido.

La decisión siempre supone una concepción teórica a priori del derecho para configurarse y una interrelación comprensiva con el texto, de ahí que la decisión siempre sea determinada para el intérprete con claridad de ideas (considerando que a cada concepción del derecho le corresponde un fuerte paradigma de valores y de técnicas que se hacen valer al momento de la determinación). La determinación de la decisión judicial significa poner en juego los valores y las técnicas que corresponden a la idea de derecho que el intérprete reivindica. Si el intérprete considera varias soluciones al caso concreto es porque una o varias ideas de su paradigma se encuentran en crisis y, por lo tanto, lo indeterminado no es la decisión judicial, sino que son sus valores paradigmáticos los que se encuentran indeterminados.

Para nuestra concepción retórica del derecho, no existe una única idea de descripción externa que designe de manera suficiente al derecho (ideas políticas, económicas, ideológicas, económicas, trascendentes), por lo que podemos afirmar que no hay paradigmas previamente establecidos y que, antes bien, la descripción interna del derecho (la retórica, las estrategias discursivas y la argumentación) permite construir el sentido de la decisión judicial siempre desde los prejuicios personales, institucionales o simplemente procesales. Para nosotros, la decisión judicial ante el caso en litigio siempre es indeterminada si el intérprete argumenta desde la descripción externa del derecho (definiciones políticas, normativas, axiológicas, etcétera), y siempre es determinada si se construye la argumentación desde los recursos internos (es decir, los recursos retóricos del discurso jurídico).

Por lo planteado líneas arriba, es nuestra convicción que todo problema judicial es indeterminado porque la construcción del sentido del enunciado normativo es pertinente al punto de vista procesal del intérprete: toda elección del argumento más adecuado es determinada por los paradigmas de eficacia del discurso jurídico y los paradigmas de la comunidad epistémica (discursiva) a la que está dirigida. Ahora bien, una vez que el operador jurídico construye la orientación de su decisión, comienza a construir el sentido del corpus normativo y de los hechos en cuestión. La pregunta ahora es ¿qué hace que un argumento sea fuerte, o lo suficientemente fuerte, como para justificar legal y legítimamente una decisión judicial o una interpretación de las partes?

Para Neil MacCormick, la justificación interna de un argumento (en un caso difícil, y agotada la justificación deductiva) consiste en reivindicar el requisito de universalidad, entendido éste como sostener en el tiempo el mismo criterio judicial. A este proceso el autor lo llama *exigencia de justicia formal* (MacCormick,

1978). La justificación externa del argumento consiste en desarrollar la consistencia y la coherencia del argumento, así como los argumentos consecuencialistas. Por *consistencia* entiende MacCormick el argumento fundamentado en enunciados normativos que no son contradictorios con otros enunciados normativos válidos. Por otro lado, el concepto *coherencia* comprende el argumento que reivindica los principios, tanto de la *sedes materiae*, como del derecho en general. Por último, el argumento consecuencialista consiste en reivindicar los mejores efectos que la decisión causa en el mundo de la vida.

Para nosotros, la fuerza de un argumento puede derivarse de varias circunstancias y por ello se puede construir desde varias vertientes. Quizás un argumento pobre conceptualmente sea muy fuerte para un auditorio determinado, dado que desarrolló la identidad de valores entre el orador y el auditorio, o quizás un argumento rico y fuerte conceptualmente sea muy débil para ciertos auditorios que esperan razonamientos más simples y más emotivos. Esto significa que existen dos niveles para considerar la fuerza o debilidad de un argumento. En primer lugar, el auditorio. Lo fuerte o débil de un argumento se encuentra en función del auditorio, es éste quien marca la pauta de racionalidad-emotividad del argumento; es el auditorio el que establece la preponderancia de uno u otro nivel, no el orador. El auditorio tiene una predisposición cultural, legal y moral determinada para valorar los argumentos. Este nivel de la fuerza del argumento es ajeno al intérprete. Así, la fuerza de un argumento se mide por el conocimiento que tiene el orador del auditorio, de sus circunstancias (actuales e históricas) y de sus tradiciones. Un argumento es fuerte si encuentra correspondencia con los valores del auditorio y es débil cuando es contrario a los valores del mismo. La fuerza de un argumento, pues, radica en ofrecerle al auditorio lo que éste espera del orador, no lo que el orador quiere decir.

El estándar de eficacia y corrección del argumento se encuentra en el reconocimiento de las características generales y particulares del auditorio: 1) coincidencia entre los valores del orador y los valores del auditorio, 2) pertinencia de las reivindicaciones del orador con las reivindicaciones del auditorio, 3) homogeneidad (cultural, educativa, salarial, etcétera) del auditorio y 4) ser razonable en la presentación de sus evidencias de causas y consecuencia.

Hay un segundo nivel de fuerza del argumento que prescinde del auditorio y en el que solo se valora la pertinencia normativa del argumento. El estándar de validez y corrección de un argumento fuerte se expresa en cuatro características. El argumento es válido

jurídicamente cuando: 1) es legal, la interpretación del enunciado normativo se realiza sobre un precepto vigente; 2) es legítimo, la interpretación y aplicación del precepto legal expresa la idea moral mayoritaria de la comunidad; 3) es coherente con una norma, esto es, la interpretación encuentra en otra u otras normas del sistema correspondencia normativa; 4) es coherente con un principio válido del derecho y la interpretación del enunciado normativo encuentra correspondencia con principios contenidos en la ley o en principios derivados de la ley (o en principios externos a la ley, pero aceptados y utilizados válidamente por los operadores jurídicos); 5) es racional en la presentación de sus evidencias de causas y consecuencia; 6) cuando el discurso argumentativo demuestra su pertinencia con los valores reivindicados en los derechos humanos universalmente aceptados y con las garantías individuales consignadas en la Constitución.

Con todo lo ya expuesto en páginas anteriores podemos llegar a la conclusión de que la fuerza de un argumento se construye desde dos posiciones: el argumento es fuerte porque el discurso es eficaz para un auditorio determinado (esa eficacia se mide por medio de la mayor o menor adhesión del auditorio a las ideas propuestas por el orador), y también el argumento es fuerte porque es válido. La validez del argumento radica en su mayor o menor proximidad (coherencia) con el corpus jurídico vigente. La eficacia del argumento es discursiva, mientras que la validez del argumento es jurídica. En última instancia, el auditorio es una comunidad discursiva (comparte un léxico que nombra y valora al mundo de una manera determinada) que acepta y legitima todo argumento que se construya desde el léxico de esa comunidad discursiva.

## REFERENCIAS

- Austin, J. (1996). *Cómo hacer cosas con las palabras*. Ediciones Paidós Iberica. Barcelona.
- Dworkin, R. (1993). *Los derechos en serio*. Planeta-Agostini. Barcelona.
- Hart, H. L. A. (2000). *Post scriptum a El concepto de derecho*. IJ/UNAM. México, D. F.
- Kuhn, T. S. (1998). *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica. México, D. F.
- Lakatos, I. (1987). *Matemáticas, ciencia, epistemología*. Alianza Editorial. Madrid.
- MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford University Press.
- Searle, J. (1994). *Actos de habla*. Planeta-Agostini. Barcelona.
- Van Dijk, T. A. (1978). *La ciencia del texto*. Editorial Paidós. Barcelona.