

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
ESCUELA DE DERECHO**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADO**

**“EL DISCURSO ARGUMENTATIVO JURÍDICO: ORÍGENES,  
INCIDENCIA Y APLICACIÓN EN LA COMPOSICIÓN DE  
CONFLICTOS JURÍDICOS”**

**CHRISTIAN JAVIER GALLO MOLINA**

**DIRECTOR: DR. RICARDO VACA ANDRADE**

**QUITO, 2013**



## RESUMEN

El discurso es una herramienta compleja, cuya primera aplicación y perfeccionamiento en el campo jurídico tuvo lugar en la antigua Roma. La esencia del discurso es la argumentación, la cual es una actividad racional, relativa al lenguaje, en la que se exponen razones que son la parte central de un discurso. Los razonamientos encuentran en el lenguaje, su expresión en el mundo material; de ahí que el lenguaje, no es un simple medio para comunicar la argumentación, sino que la acción de argumentar se fundamenta en la utilización del lenguaje.

La argumentación presupone la existencia de un conflicto, problema o una cuestión que requiere ser explicada o expuesta. De ahí que la argumentación no es sino la actividad racional basada en el uso específico del lenguaje aplicado en la ciencia del Derecho, por la cual, cualquier profesional de la rama, puede formular una serie de razones vinculadas entre sí, denominadas argumentos, enfocadas en promover la solución de una cuestión gracias a la aceptación y adhesión, mediante el uso inseparable de la convicción y persuasión, del auditorio a quien se dirige (sea este particular –juez, tribunal, cliente u otro profesional- o universal –entendida como toda la esfera jurídica- ).

Buena parte del presente trabajo de investigación se enfoca en el campo de la argumentación jurídica en general, sus concepción orígenes y desarrollo histórico, hasta llegar a la actual concepción de argumentación, la cual servirá de conector lógico con la explicación del discurso jurídico argumentativo como tal, en el cual se reúnen todos los avances aportados por la técnica jurídica. Así se concluirá que el discurso es la herramienta a través de la cual, toda la esfera jurídica materializa al derecho contenido en una norma abstracta ya que, efectivamente, el ejercicio jurídico ya no se resume a la simple subsunción de la norma, sino que, más allá del desenvolvimiento lógico tan propio del proceso jurídico, se vale de otras herramientas tales como la dialéctica, la retórica y la tópica a fin de desarrollar argumentos válidos que permitan acceder a una composición del proceso.

**Palabras Clave:** Argumentación Jurídica, Discurso, Pragmática, Retórica Jurídica, Dialéctica, Tópica, Composición de Conflictos.

*A la Divina Providencia, fuente creadora y renovadora de infinitos procesos de los que provienen sabiduría y felicidad.*

*Al Amor, la Esperanza y la Paciencia Infinita de mis Padres, motor inagotable de todos mis sueños y aspiraciones.*

*INITIVM SAPIENTIAE TIMOR DOMINI*

## **AGRADECIMIENTO**

El tiempo empleado en el presente trabajo académico no hubiese prosperado de no ser por personas, que llenas de bondad y confianza en mi persona, supieron extender su mano. Agradezco a la siempre importante presencia y paciencia de mis padres quienes me acompañaron día a día en la realización de la presente disertación. A Andrés y Carlos, amigos fieles, por su importante colaboración en esas largas jornadas de redacción. A todos los académicos tanto de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador como de la Universidad Complutense de Madrid quienes colaboraron de una u otra forma en la realización del presente trabajo.

Al Doctor Ricardo Vaca Andrade, por sus valiosas enseñanzas y su inefable confianza sin la cual no hubiese sido posible la consecución del presente trabajo.

Y un agradecimiento muy especial al Abogado Felipe Rodríguez Moreno, amigo entrañable: mi respeto, admiración, cariño y gratitud eternos.

# CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I.....	10
1. DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA .....	10
1.1. PLANTEAMIENTOS CONCEPTUALES .....	10
1.1.1. <i>Definición Etimológica de Argumentación</i> .....	11
1.1.2. <i>Origen de la expresión</i> .....	11
1.1.3. <i>Importancia de la Argumentación Jurídica</i> .....	13
1.1.4. <i>Dificultad de establecer un concepto único de Argumentación Jurídica</i> .....	16
1.2. ANÁLISIS HISTÓRICO .....	18
1.2.1. <i>La Concepción Clásica</i> .....	19
1.2.2. <i>Concepción Moderna</i> .....	26
1.2.3. <i>Concepción Racionalista Cartesiana</i> .....	27
1.3. LAS TRES CONCEPCIONES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA .....	35
1.3.1. <i>Concepción formal y enfoque lógico</i> .....	36
1.3.2. <i>Concepción material y enfoque retórico</i> .....	37
1.3.3. <i>Concepción pragmática y enfoque dialógico</i> .....	38
1.4. TRES MODELOS BASE DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: BREVE RESEÑA Y CRÍTICA .....	40
1.4.1. <i>El Modelo Lógico o de Abstracción Lógica Del Argumento</i> .....	40
1.4.2. <i>El Modelo de Toulmin o “Adecuación del Argumento”</i> .....	43
1.4.3. <i>El Modelo de Viehweg o Tópica Jurídica</i> .....	45
CAPÍTULO II .....	49
2. LA CONCEPCIÓN PRAGMÁTICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA .....	49
2.1. ANÁLISIS Y DESARROLLO HISTÓRICO.....	49
2.1.1. <i>Pragmática: Definición y Desarrollo</i> .....	49
2.1.2. <i>Pragmática y Derecho</i> .....	51
2.2. LA NUEVA RETÓRICA JURÍDICA: PLANTEAMIENTOS CONCEPTUALES .....	52
2.2.1. <i>El auditorio</i> .....	53
2.2.2. <i>Los puntos de partida o premisas relativas de la argumentación</i> .....	55
2.2.3. <i>Esquemas de argumentación</i> .....	59
2.2.4. <i>Clasificación de argumentos</i> .....	60
2.3. INSEPARABILIDAD DE DIALÉCTICA, RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN .....	63
2.3.1. <i>Dialéctica y Derecho</i> .....	63
2.3.2. <i>Fases del Proceso Dialéctico</i> .....	64
2.3.3. <i>Tipos de Diálogo</i> .....	65
2.3.4. <i>Reglas dialécticas</i> .....	67
2.3.5. <i>Derecho y retórica</i> .....	69
2.3.6. <i>Partes del discurso retórico</i> .....	70
2.3.7. <i>Reglas retóricas</i> .....	73
2.4. CONVICCIÓN Y PERSUASIÓN .....	73
2.4.1. <i>Relaciones de jerarquía: ¿Cuál es más importante?</i> .....	74
2.4.2. <i>Divisibilidad de convicción y persuasión</i> .....	75
2.4.3. <i>La convicción y la persuasión desde la perspectiva de Kant</i> .....	75

2.4.4.	<i>Convicción y Persuasión: dicotomía y complementariedad</i> .....	76
2.4.5.	<i>Temporalidad y validez</i> .....	77
<b>CAPÍTULO III</b> .....		<b>78</b>
<b>3.</b>	<b>DEL DISCURSO JURÍDICO ARGUMENTATIVO</b> .....	<b>78</b>
3.1.	ANÁLISIS DEL DISCURSO COMO PARTE DEL SISTEMA DE CONFRONTACIÓN TÓPICO RETÓRICO.....	78
3.1.1.	<i>Confrontación y Conflicto: El Sistema de Confrontación Tópico Retorico</i> .....	79
3.2.	DESARROLLO DEL DISCURSO ARGUMENTATIVO JURÍDICO .....	83
3.3.	APLICACIÓN DEL DISCURSO ARGUMENTATIVO JURÍDICO: DESARROLLO Y EJEMPLIFICACIÓN .....	92
3.3.1.	<i>Contexto Histórico</i> .....	93
3.3.2.	<i>El execrable asesinato de José Antonio Briz López</i> .....	94
3.3.3.	<i>Sobre la supuesta participación de Leonardo López Monsalve: su Defensa</i> .....	102
<b>CONCLUSIONES</b> .....		<b>111</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....		<b>116</b>

## INTRODUCCIÓN

*“Solomon saith: There is no new thing upon the earth. So that as Plato had an imagination, that all knowledge was but remembrance; so Solomon given his sentence, all novelty is but oblivion.”<sup>1</sup>*

Francis Bacon<sup>2</sup>

El presente estudio tiene como objetivo aportar a la técnica jurídica ecuatoriana, herramientas que permitan revalorizar al discurso dentro de cualquier proceso. Actualmente, nos hallamos en un período de transición en el cual, el choque entre el positivismo y la modernidad hasta cierto punto *subjetivista* del derecho, han provocado un caos dentro de lo que al manejo y aplicación de la norma se refiere.

Hoy el poder ya no radica solamente en la norma pura, ni en los legisladores quienes la elaboran, ni en los jueces quienes la aplican, sino que se instala dentro de la esfera jurídica misma. Es así, que nos encontramos en un tiempo en el que conocemos plenamente que el legislador no puede prever todos los casos ni que el juez es indefectible e infalible, recayendo la responsabilidad de proporcionar argumentos válidos que subsanen las antinomias, anomias o aporías que no hayan sido previstas por el legislador y que se presenten durante el desarrollo y composición de un conflicto específico, sobre los profesionales del derecho en general.

En este punto, el proceso jurídico no se resume a la simple aplicación o subsunción de la norma, sino que más allá, se resalta el uso de los actos de lenguaje que componen al proceso jurídico en sí. El manejo de los argumentos entonces, se convierte en un factor

---

<sup>1</sup> "Dijo Salomón: No hay nada nuevo sobre la tierra. Platón, por su parte, supo imaginar que todo conocimiento no era otra cosa que un recuerdo; Salomón dio entonces su sentencia: que toda novedad no es otra cosa que olvido."

<sup>2</sup> BACON, Francis, *“Essays, LVIII, Of Vicissitude of Things,”* cit. por BORGES, Jorge Luis, *El Aleph*, Madrid, Alianza Editorial, 1971, p.7.

determinante a la hora de solucionar un conflicto. Es por ello que, el análisis detenido del caso y junto con él, de la norma, se convierte en un presupuesto indispensable previo al ejercicio de la acción.

Es así como los cambios constantes, el nacimiento de nuevas doctrinas y su aplicación directa en el ejercicio de la profesión jurídica, ratifican al derecho como una ciencia dinámica en la que los sistemas clásicos muchas veces no pueden proporcionar una respuesta clara y segura a casos considerados como difíciles. El margen decisorio, la necesidad de interpretación y la injerencia de ámbitos considerados hasta hace poco como ajenos a la esfera jurídica (v.gr. la opinión pública) han vuelto necesaria la reformulación de los sistemas jurídicos y sus herramientas.

Ya lo dijo Perelman:

Solo la existencia de una argumentación, que no sea apremiante ni arbitraria, le da un sentido a la libertad humana, la posibilidad de realizar una elección razonable. Si la libertad fuera solamente la adhesión necesaria a un orden natural dado previamente, excluiría cualquier posibilidad de elección; si el ejercicio de la libertad no estuviera basado en razones, cualquier elección sería irracional y se reduciría a una decisión arbitraria que se efectuaría dentro de un vacío intelectual.<sup>3</sup>

Efectivamente, el imperio de la norma se ha visto menguado. Ya no hablamos de sistemas jurídicos cuyo *leitmotiv* sea un pensamiento sistemático que busque únicamente adaptar un caso específico a una estructura normativa sino que hoy en día, vemos la posibilidad de hallar sistemas jurídicos cuyo eje central es un pensamiento problemático/aporético, es decir, que utiliza a la norma como herramienta y la composición del conflicto específico, como su fin.

Hoy, el principio de racionalidad se vuelve premisa necesaria en el desarrollo de cualquier proceso. Las estructuras racionales de argumentación por tanto, se convierten en las herramientas a través de las cuales, se puede controlar al abuso del *legicentrismo* y la arbitrariedad que su superficial aplicación ha entrañado por mucho tiempo en el sistema jurídico ecuatoriano.

---

<sup>3</sup> PERELMAN, Chaim, La Nueva Retórica: Tratado de la Argumentación, Madrid, Gredos, 1989, p. 773

*No existe nada nuevo sobre la tierra.* Precisamente, varios han sido los estudiosos que han dedicado gran parte de su vida a hallar nuevas formas de componer los conflictos tan connaturales a la esencia humana. Es así, que el presente estudio busca mostrarse como un breve homenaje a todos quienes han aportado con su conocimiento al litigio judicial desde épocas inmemorables. En virtud de ello, el presente trabajo parte de un análisis histórico de las concepciones de argumentación que se han dado a lo largo de la historia a fin de mostrar cuál ha sido su influencia dentro de las teorías de la argumentación moderna y cuánto influjo tienen dentro del discurso jurídico. A partir de la concepción más reduccionista que adoptamos, nos valemos de los postulados de Viehweg, Perelman y Toulmin, para desarrollar un sistema capaz de adaptarse a cualquier estructura argumentativa, aplicable a cualquier rama del derecho.

¿Qué es el discurso jurídico argumentativo? ¿Cuáles son sus características? ¿Cuál es su origen? ¿Qué es la concepción pragmática de la argumentación? ¿A qué se refiere el sistema de confrontación tópico retórico? ¿Es aplicable al ejercicio cotidiano del derecho? Esas y otras preguntas son la base sobre las cuales se desarrolla el presente estudio.

No obstante, es necesario aclarar que el presente trabajo investigativo no aborda directamente a la argumentación jurídica standard toda vez que, si bien no desconoce la importancia y la utilidad de la lógica jurídica, presenta un sistema hasta cierto punto distinto, basado en los actos de lenguaje y con ellos presenta a dialéctica, tópica y retórica como las bases argumentales sobre las cuales se puede apoyar cualquier esquema de argumentación jurídica.

**Christian J. Gallo M.**

Quito, Septiembre de 2013

# CAPÍTULO I

## 1. DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

### 1.1. Planteamientos Conceptuales

El uso del lenguaje juega un papel trascendental en la Ciencia Jurídica. Desde la exposición de nuestras ideas, hasta la defensa y fundamentación de las mismas, el lenguaje es primordial. Sin embargo, existe un punto sobre el cual, a lo largo de la historia, muchos pensadores y teóricos del derecho, directa o indirectamente, han enfocado sus estudios e investigaciones: la importancia del discurso jurídico argumentativo como camino hacia la convicción y persuasión, bases fundamentales en la composición y solución de conflictos.

Si bien el discurso es una herramienta compleja desarrollada y explicada por primera vez en *Rhetorika* de Aristóteles, su aplicación y perfeccionamiento en el campo jurídico tuvo lugar en la antigua Roma, logrando extenderse hasta nuestros días. Basta con leer los tratados de Marco Tulio Cicerón o de Marco Fabio Quintiliano, para darnos cuenta de qué forma, el correcto uso del discurso implicaba la solución de conflictos en el campo penal, al que consideraban de mayor dificultad y para el cual el discurso era el mecanismo más útil. Sin embargo, la doctrina jurídica, se ha enfocado en una parte fundamental del discurso jurídico, la argumentación. Tomando en consideración lo dicho, para el desarrollo de nuestro tema es necesario iniciar por el punto más extenso debido a su especial avance: la argumentación jurídica, tema que ha sido estudiado de tal forma, que su profundización en la esfera del derecho ha alcanzado el nivel de Teoría logrando incluirse desde hace pocas décadas dentro de los planes de estudio de Teoría General del Derecho en las más prestigiosas universidades de Europa y últimamente de América Latina.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup>Universidades europeas como la de Santiago de Compostela, de Bologna o la Complutense de Madrid, ofrecen anualmente cursos dirigidos a profesionales del Derecho, a fin de conocer y profundizar en el tema de la argumentación, algo que los mismos exponentes reconocen, ha tenido su auge en Europa y que su conocimiento en América, resulta de gran importancia al ser una herramienta de primer orden para todo profesional dedicado a las Ciencias Jurídicas. Tuve el honor de cursar dicha cátedra en la Universidad Complutense de Madrid en el verano del año 2012, orientando ahí, el estudio de mi disertación gracias a las

En este punto de nuestro estudio resulta inevitable abordar una primera pregunta que se convierte en piedra angular sobre la que construiremos toda nuestra investigación y cuya respuesta ha sido objeto de mucha discusión en el campo del Derecho: *¿Qué es argumentación jurídica?*

### 1.1.1. Definición Etimológica de Argumentación

Si acudimos a un libro especializado en el tema y buscamos una definición etimológica de la misma, hallaremos que muchos tratadistas coinciden en que el verbo latino *argüere*<sup>5</sup> es la referencia más antigua al verbo argumentar, acción base de la palabra argumentación. Su significado en español, equivalente a demostrar o convencer, deriva en el actual “argüir”, que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define como “sacar en claro, descubrir, probar”<sup>6</sup>. Estas definiciones, analizadas más detenidamente, obedecen a la naturaleza etimológica del verbo, ya que *arg* es una raíz proto indo-europea que proviene del sanscrito *arjü-nah* entendido como brillante, resplandeciente<sup>7</sup>. De ahí, por ejemplo, que de los adjetivos griegos para designar lo plateado (*argüreos*) o lo brillante (*argüfos*) se hayan derivado palabras latinas como *argentum* (plata) y finalmente la misma *argüere*, actual argüir, equivalente a “dejar o sacar en claro”.

### 1.1.2. Origen de la expresión

Desde la antigüedad, los conceptos de lenguaje y razonamiento han estado siempre ligados. Tan es así que su relación ha sido decisiva en el constante proceso de evolución y perfeccionamiento del conocimiento humano, así como esencial en la superación del primitivo uso de la fuerza. El uso del lenguaje, en toda su extensión (sea este oral, escrito,

---

clases magistrales recibidas en dicha academia. En América Latina por su parte, la Universidad Austral de Argentina, ofrece diplomados en Argumentación Jurídica, hecho que refleja que la doctrina está llegando con mucha más fuerza a América, siendo los argentinos, los primeros en hacer hincapié en su importancia. Cfr. [http://www.ucm.es/info/cv/index\\_cv.php](http://www.ucm.es/info/cv/index_cv.php) ; <http://www.austral.edu.ar/fd/diplomaturas/>

<sup>5</sup> Cfr. ERNOUT, MEILLET et ANDRÉ, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1979, cit. Por PUY MUÑOZ, Francisco, *La expresión argumentación jurídica y sinónimas: un análisis tópic*, en *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación*, Universidade de Santiago de Compostela, año 2004, p.98 y 99

<sup>6</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésimo Segunda Edición, 2012

<sup>7</sup> POKORNY, Julius, *Endogermanisches Etymologisches Woerterbuch*, cit. por Diccionario Etimológico De Chile, referencia: 20 de octubre de 2012, disponible en World Wide Web: <http://etimologias.dechile.net/PIE/?arg>

corporal o de señas), marcó el inicio de las relaciones humanas por medio de la comunicación.

Si bien existe un avance del conocimiento con anterioridad a los helenos, el pensamiento occidental encuentra aquí su primer hito, ya que el desarrollo de tesis y doctrinas expresadas por el lenguaje, extienden al conocimiento más allá de los mitos, forma primigenia utilizada para explicar las cosas. He aquí que nos encontramos con el primer eslabón de nuestro estudio: el *logos* griego. La expresión griega *logos*, es la base sobre la cual se asentará por años el conocimiento de los helenos, quienes dan a la misma un sentido más profundo que el meramente lingüístico, pues el *logos*, además del lenguaje, incluía al pensamiento, definiéndose así como “*decir algo, sobre algo, dando razones*”<sup>8</sup>. Es sobre y gracias al *logos*, que muchos pensadores de aquel tiempo logran expresar por primera vez sus ideas y crean así, los primeros tratados sobre las distintas cosas que hallan a su alrededor. Sin embargo, la cúspide del *logos* llega de la mano de dos pensadores: Heráclito de Éfeso,<sup>9</sup> quien utiliza al *logos* para demostrar la dinámica de la contradicción, desarrollando con ello una primera explicación de lo que más adelante se denominaría dialéctica y cuyo uso quedaría ejemplificado gracias a Sócrates<sup>10</sup>; y, Aristóteles, quien se serviría del *logos* para desarrollar formal y materialmente lo entendido por dialéctica<sup>11</sup> superando lo hasta ese entonces aportado por sus antecesores al otorgarle un planteamiento conceptual profundo que la establecería como técnica (*techné*) afín a un arte (*ars*) particular a ella: la **retórica**.

El estudio realizado por los griegos ilustres antes citados, trasciende con el tiempo y se establece como la primera exposición de las fuentes primigenias de la argumentación: la Lógica, enfocada a la construcción racional del argumento; la Dialéctica, orientada al uso del diálogo y la refutación a fin de provocar la adhesión (mediando la convicción) de

---

<sup>8</sup> Cfr. BANDIERI, Luis, *Argumentación y Composición de Conflictos Jurídicos*, en *La Argumentación Jurídica: Problemas de Concepto, Método y Aplicación*, Universidade de Santiago de Compostela, año 2004, p. 19

<sup>9</sup> Cfr. GRAHAM, Daniel W., "Heraclitus", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2011 Edition), referencia: 20 de Diciembre de 2012, disponible en World Wide Web:

<http://plato.stanford.edu/entries/heraclitus/>

<sup>10</sup> Tal como Platón recogería en sus Diálogos.

<sup>11</sup> Dialéctica, etimológicamente se desprende de dos expresiones griegas: *dia*, tomada como “medio” y *logos*, por tanto se entendería a la misma como “por medio de la palabra o a través de ella”. Cfr. BANDIERI, Id.

uno de los interlocutores; y la Retórica, encaminada al correcto uso de técnicas y estrategias destinadas a la persuasión de alguien, sobre algo.<sup>12</sup>

El legado cultural y filosófico del periodo helenístico y la devoción y admiración que éste causó en el entonces nuevo Imperio Romano, influyó para que muchas palabras que tuvieron su origen en el griego se introdujeran al latín como nuevas, sin alterar su esencia. El verbo *argüere* antes explicado es un ejemplo. A partir de él, se desarrollarán palabras como *argumentum* y *argumentatio*, derivando así en las actuales *argüir*, argumento y argumentación. Vale decir que si bien el *logos* griego se ha relacionado directamente con lo que se conoció como *ratio* y *oratio*<sup>13</sup> en latín, éste, en virtud de su concepto, se encuentra contenido implícitamente dentro del verbo latino *argüere* ya que *cuando dejamos en claro algo, estamos diciendo algo, sobre algo, dando razones*<sup>14</sup>. De ahí que todas estas palabras confluyan en obras como el *Instituto Oratoriae* de Marco Fabio Quintiliano o en el *De Inventione* de Marco Tulio Cicerón, dotándoseles en conjunto de una aplicación judicial y jurídica a las mismas, siendo así la primera noticia del Discurso Jurídico, con la argumentación dentro de él, que llega hasta nuestros días.<sup>15</sup>

### 1.1.3. Importancia de la Argumentación Jurídica

Hablar de argumentación sin resaltar su importancia, resulta algo vano. Varios tratadistas han estudiado este punto con detenimiento en sus distintas obras, sin embargo, es

---

<sup>12</sup> Al respecto, autores como Rovira Flores de Quiñones, aducen fundamentadamente, que la dialéctica es inexistente en el campo de la Argumentación, ya que ésta se encuentra contenida en la Lógica desarrollada por Aristóteles (Aristóteles no usa la Lógica sino que confunde a ésta dentro de la Dialéctica, para que la misma a su vez se distinga de otra rama, la analítica). Personalmente, respetamos dicha opinión, pero no la compartimos ya que si bien ambas disciplinas tienen su desarrollo en los textos Aristotélicos, su función dentro de la Argumentación, resulta ser muy distinta. Muestra de ellos son los enfoques doctrinarios que a lo largo de setenta y cinco años, varios teóricos han hecho al respecto, tomando a las fuentes de las cuales ambas ramas se nutren, como el punto de partida de sus estudios, determinando así, la naturaleza dialógica de la Dialéctica, tan lejana del imperativo técnico propio de la Lógica pura.

<sup>13</sup> Luis María Bandieri, al respecto plantea que al momento de relacionar el *logos* griego, los latinos, al aplicarla a su léxico, la dividieron en dos: *ratio* y *oratio*. Siendo la primera únicamente referente al pensamiento y la segunda más afín a la utilización de la palabra como tal. Cfr. BANDIERI, Luis, *Ob. Cit.*, pp. 18

<sup>14</sup> BANDIERI, Luis, *Id.*

<sup>15</sup> Más específicamente es en el *De Partitione Oratoria* donde Marco Tulio Cicerón discurre más a fondo sobre el tema del Discurso Jurídico como tal. Cfr. OCHS, Donovan J., *Teoría Retórica de Cicerón en Sinopsis Histórica de la Retórica Clásica*, Madrid, Gredos, 1989, pp. 201-206

Manuel Atienza<sup>16</sup> quien, a nuestro criterio, lo realiza de la manera más clara y resumida. Al respecto distingue cuatro puntos sobre los que, al trabajar la argumentación, los enriquece de una manera única, convirtiéndolos en características comunes a todo argumento, teniendo así:

*Importancia Racional:* La argumentación es una actividad racional, en la cual se exponen razones que forman la parte central de un discurso. La racionalidad es inherente a la argumentación. Hablar de ella es hablar de un conjunto de argumentos y con ello de razonamientos<sup>17</sup> enfocados en la demostración, adhesión, convencimiento o persuasión sobre algo. Como dijimos anteriormente, la argumentación es la base del discurso. Vale acotar que, gracias a la argumentación, el discurso cobra un sentido más amplio que el erróneo común de la simple manifestación oral o elocuente sobre algo, ya que el **discurso** toma el tinte de la exposición manifiesta (sea hablada o escrita) en la que se discurre sobre algo, reflexionando o razonando sobre ello y por ende dando razones sobre lo que se piensa o siente,<sup>18</sup> por tanto, será en el discurso que la multiplicidad de argumentos se verán hilvanados de manera racional y serán expresados como un cuerpo conjunto. Finalmente Atienza, señala dos características de la argumentación a propósito de la racionalidad: la capacidad de ser evaluada en base a su racionalidad; y la orientación hacia la consecución de un objetivo.<sup>19</sup>

*Importancia Lingüística:* La argumentación es una acción inherente al lenguaje. Asumiendo un punto de vista afín a los Idealistas, diríamos que los razonamientos encuentran en el lenguaje su expresión en el mundo material. Es aquí donde retomamos el concepto del logos y reconocemos la sapiencia con la que obraron los helenos al asociar palabra y pensamiento en el sentido original del término. Al respecto vale resaltar una observación muy notable: el lenguaje no es un simple medio para comunicar la argumentación, sino que la acción de argumentar se fundamenta en la utilización del

---

<sup>16</sup> ATIENZA, Manuel, *El Derecho como Argumentación*, Barcelona, Ariel, 1era Ed., 2012, pp. 70 y ss.

<sup>17</sup> Si acudimos a la definición común ofrecida por el Diccionario de la RAE, tendremos que se considera como argumento a *todo razonamiento* que se emplea para probar o demostrar una proposición; o para convencer a alguien de algo.

<sup>18</sup> Autores como Puy Muñoz, le otorgan al discurso un sentido aún más filosófico, de ahí que lo establezcan como una capacidad racional para discurrir el pensamiento o llevar a cabo métodos como la inferencia o la deducción. Cfr. PUY MUÑOZ, Francisco, *Ob. Cit.*, PP. 126-130

<sup>19</sup> Es gracias a esta segunda característica que tienen cabida los conceptos de convicción y persuasión, dentro de la argumentación. Cfr. ATIENZA, Manuel, *Ob. Cit.*, pp. 72-76

lenguaje, ya que al dar razones distinguimos a la argumentación de cualquier otra actividad lingüística afín a la esfera jurídica como son la descripción, la narración o el mandato.<sup>20</sup>

*Importancia Socio-Jurídica:* La argumentación “*presupone la existencia de un conflicto, problema o una cuestión*”<sup>21</sup> que requiere ser explicada o expuesta. El “*diálogo que mantiene el alma consigo misma*” como tan poéticamente ejemplificó Platón<sup>22</sup> al pensamiento, al ser exteriorizado y sometido al juicio o de los demás, no siempre supone su aceptación. Sin embargo, y retomando las enseñanzas de Heráclito de Éfeso, es en esa contradicción que se halla la dinámica de las relaciones humanas. Todos los hombres, al tener contacto y relación con otros seres de la misma especie, estamos expuestos al surgimiento de contradicciones entre nuestros razonamientos y los de los demás. Esta es la puerta al mundo de lo jurídico. La racionalización de las relaciones humanas y por ende, las soluciones que el derecho en estrecha relación con la argumentación, otorgan a los problemas o cuestiones que se suscitan de ellas, revelan la necesidad que existe de la argumentación. Esa necesidad de la exposición de razones marca la diferencia con otros formas de composición de conflictos sean estos relacionados con el uso de fuerza o no. Es necesario aclarar que hablar de cuestiones, conflictos y problemas, no siempre supone la existencia de un litigio. Pedir una sugerencia o explicar el cometimiento de un acto, se pueden considerar un problema, en el sentido de exponer una razón o una aclaración, para lo cual la argumentación, hasta por su sentido etimológico antes expuesto, está llamada a intervenir.

*Importancia Jurídica-Procesal:* La argumentación posee dos puntos de vista: como *proceso* y como *producto*. Esta última característica resulta importante para la comprensión del concepto de argumentación jurídica, ya que la ausencia de la misma ha sido la responsable de que muchas veces se limite a la argumentación jurídica al campo de motivación judicial en sentencia<sup>23</sup> dejando de considerar con ello, que la argumentación va

---

<sup>20</sup> ATIENZA, Manuel, Ob. Cit., p.73

<sup>21</sup> *Ibíd.* p. 74

<sup>22</sup> Véase PLATON, *Fedón*, disponible en World Wide Web: <http://www.filosofia.org/cla/pla/azc05019.htm>

<sup>23</sup> Esta concepción es muy común en autores como Feteris, Redondo, Alexy o hasta en el mismo Atienza (aunque estos dos últimos van mucho más allá en sus tratados). En nuestro medio es usual que el poco conocimiento que se tiene acerca del tema, limite a la Argumentación Jurídica a este campo, de ahí que sea

mucho más allá y que abarca a toda la esfera jurídica en la que yacen todos los profesionales del derecho. Así, debe ser vista en primer lugar como proceso, es decir como la actividad de argumentar, fijándose a las partes del problema como premisas, y a la solución como la conclusión del mismo.; y en segundo lugar como producto, es decir, como el enunciado resultante de aquel proceso. Ejemplo de ello puede ser cualquier argumento, que fuera de contexto, carezca de sentido, mientras que vinculado a un contexto determinado, nos permita inferir un razonamiento a partir de él, pudiendo convertirse así, en premisa o conclusión. De ahí que Atienza atinadamente enuncie que la noción de argumento es eminentemente funcional<sup>24</sup> ya que un enunciado o un conjunto de los mismos , puede verse como argumento o no, dependiendo de su uso.

#### **1.1.4. Dificultad de establecer un concepto único de Argumentación Jurídica**

Si bien todos los conocedores del tema coinciden en la importancia del mismo en la esfera jurídica, ha existido un punto de quiebre en sus opiniones. La transmisión cultural que llega hasta nuestros días como herencia histórica de Grecia y Roma, tuvo su auge durante todo el período histórico en que la antigüedad greco-latina influyó en el conocimiento de Occidente, siendo de gran aporte para ciencias como el Derecho y la Filosofía. Mas, cuando esta influencia pierde fuerza en las nuevas escuelas del pensamiento, es cuando se inicia una descontextualización de la argumentación, dándose una errónea conceptualización de sus fuentes y provocando una dificultad en la obtención de un concepto único debido a la multiplicidad de criterios, buenos y malos, acerca del mismo a lo largo de veinticinco siglos. Desde la reducción de la argumentación a una simple herramienta del lenguaje, hasta la errada concepción de la argumentación como una forma de engaño tedioso<sup>25</sup>, la dificultad en la definición de un concepto siempre ha estado presente.

---

muy habitual que profesionales del derecho restrinjan las demostraciones de la argumentación a la motivación judicial en sentencia, olvidando totalmente su primaria aplicación en el Discurso Jurídico.

<sup>24</sup> ATIENZA, Manuel, Ob. Cit. p. 76

<sup>25</sup> Por ejemplo, respecto a este tipo de concepción, Francisco Puy Muñoz, en su Análisis Tópico de la Expresión Argumentación Jurídica, recurre a Oscar Wilde, para revelar la aversión que popularmente se desarrolló sobre el tema. Al respecto, Wilde dice que existen libros que hay que leer, libros que hay que re-leer y libros que nunca se deben leer, ubicando a los libros de Argumentación en esta última categoría. Es a partir de ello, que Puy Muñoz expone el problema de la errada concepción que se tiene sobre el tema y

Por ejemplo, si tomamos un texto que verse sobre Argumentación Jurídica nos encontraremos con una heterogeneidad inimaginable de criterios y sinónimos. Al respecto, muchos estudiosos del tema plantean el problema de la multiplicidad como la causa de la dificultad y ausencia de una definición única<sup>26</sup>. Otros en cambio, señalan al conocimiento vulgar y al uso común de la expresión argumentación, como culpables de una descontextualización del término<sup>27</sup>. Algunos, más bien, evitan dar una definición y se conforman con decir que su complejidad limita su definición<sup>28</sup>. Referente al tema, aceptaremos que la expresión argumentación de por sí es compleja y que su dificultad aumenta al incluir la palabra argumentación con el adjetivo jurídico, ya que de ello, se puede obtener una cantidad inimaginable de resultados. No en vano, Manuel Atienza opina que generalmente las nociones básicas en una disciplina son las que dan más problemas al tratar de ser definidas, pues resultan ser conceptos complejos que al ser potenciados por otro concepto resultan mayores al del término a ser definido<sup>29</sup>.

Otra dificultad se presenta al remitirnos a las fuentes de la argumentación como una solución al problema que se presenta con su definición, ya que si bien estamos definiendo a la misma, esta sería una concepción y no un concepto, al no ser más que una distinta interpretación de una formula general, amplia, universal y abstracta. Así por ejemplo, argumentación para la lógica será un encadenamiento de enunciados, sometido a ciertas reglas; para la dialéctica será la expresión de un conjunto de razonamientos vinculados entre sí; y para la retórica será un uso específico del lenguaje, que dista de los demás, pues para este no basta con emitir un enunciado, sino que requiere la adición de razones a fin de lograr la persuasión sobre una pretensión. Si bien todas estas definiciones son válidas carecen de un carácter general y por tanto de universalidad, ya que son emitidas desde un enfoque parcializado<sup>30</sup>

---

advierte que esta descontextualización expone a los juristas y estudiantes de la argumentación a un rechazo que, mediante el correcto estudio, debe aspirar a ser corregido. Cfr. WILDE, Oscar, *Hay que leer, no hay que leer*, Obras Completas, Madrid, 10ma Edición, Aguilar, 1965

<sup>26</sup> ATIENZA, Manuel, *El Derecho como Argumentación*, Barcelona, 1era. Edición, año 2012, pp. 67 y ss.

<sup>27</sup> PUY MUÑOZ, Francisco, Ob. Cit., pp .94-97

<sup>28</sup> FETERIS, Eveline, *Fundamentos de la Argumentación Jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, año 2007, pp. 27 y ss

<sup>29</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel, Ob. Cit., p.67

<sup>30</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel, Ob. Cit., p.67

Sin embargo, si queremos dar un concepto como tal de argumentación jurídica, debemos buscar generalidad, es decir, basarnos en elementos comunes aceptados para lograr su elaboración. De ahí que, en base a los criterios de utilidad antes expuestos, consideremos a la argumentación jurídica como:

“La actividad racional basada en el uso específico del lenguaje aplicado en la ciencia del Derecho, por la cual, cualquier profesional de la rama, puede formular una serie de razones vinculadas entre sí, denominadas argumentos, enfocadas en promover la solución de una cuestión gracias a la aceptación y adhesión, mediante el uso inseparable de la convicción y persuasión, del auditorio a quien se dirija (sea este particular –juez, tribunal, cliente u otro profesional- o universal –entendida como toda la esfera jurídica- ) el discurso jurídico del cual es su esencia.”

No está por demás aclarar que este concepto parte de un criterio muy personal basado en la utilidad de la argumentación jurídica como criterio universal aceptado por todos quienes hemos tenido una aproximación al tema de estudio. De ahí que el mismo ha sido elaborado en consideración al criterio de generalidad que requiere un concepto.

## 1.2. Análisis Histórico

Sería absurdo decir que, a lo largo de la historia, no se manejaron distintas concepciones de argumentación. Anterior a las modernas, enfocadas al derecho y surgidas en el S. XX, un sinnúmero de pensadores dieron un distinto enfoque a lo que ellos entendieron por argumentación. Es necesario precisar que el tratamiento del discurso y con él, el de la argumentación, estaba principalmente relacionado con el desarrollo de la Retórica y la Dialéctica, pues éstas, al ser enseñanzas de cuño aristotélico, fueron base para el apareamiento de un tratado que marca un antes y un después en nuestro tema de estudio: la *Rhetorica* de Aristóteles. En ella, el Estagirita, se extiende sobre este arte cuya aplicación central es el discurso y cuya parte integrante no es sino la argumentación. Es por ello que, retórica, dialéctica, argumentación y discurso, serán constantemente relacionados durante el desarrollo que haremos de las primeras concepciones de argumentación.

Vale recalcar que el concepto de argumentación, fue concebido en su forma actual a partir de la segunda mitad del S.XX, luego de que sus tres fuentes al fin fuesen admitidas en unidad y en especial, luego de que dialéctica y retórica, fuesen restauradas a su natural esencia y concebidas como dualidad complementaria gracias al desarrollo de nuevas ciencias y el desvanecimiento de antiguas concepciones. Resulta, por tanto, imprescindible establecer las preguntas *¿Qué sucedió con las fuentes de la argumentación a lo largo de la historia?* y *¿cómo llegó a tener sus concepciones actuales?* como puntos de partida para la explicación histórico-filosófica de nuestro tema.<sup>31</sup>

### 1.2.1. La Concepción Clásica

#### 1.2.1.1. Primeros lineamientos

*Peithó*, divinidad griega asociada con la persuasión, era irrechazable. Por ello, los antiguos griegos la asociaban a Afrodita, diosa de la atracción y la fertilidad. Era mediante *Peithó* que Afrodita lograba, con palabras y pensamientos sutiles, poder sobre los humanos. En un extremo opuesto en cambio, se encontraban *Ananké*, asociada a la fuerza y a la necesidad y *Apathé*, relacionada con el engaño y el truco<sup>32</sup>. Ambas fueron fundamentales en la tradición griega al ser, en conjunto con *Hermes*, partícipes en la formación del ánimo ambiguo, inconstante, engañoso y seductor de Pandora, ánimo que como Hesíodo lo relata en su obra *“Trabajos y Días”*,<sup>33</sup> contribuyo para desoír la orden de Epimeteo y abrir el ánfora que contenía todos los males, causando con ello la desgracia de la humanidad y logrando así, la venganza divina por el fuego arrebatado por Prometeo.

Podemos considerar que este mito es el punto de partida sobre el cual, los helenos empezaron a discurrir a fin de obtener un conocimiento más pulido y cercano a su experiencia. He aquí que termina el mito e inicia el conocimiento, pues es a partir del siglo

---

<sup>31</sup> Autores como García Morente, Roberto Marafiotti, Maria Cristina Campagna o Adriana Lazzeretti, han dedicado obras completas al desarrollo y estudio a profundidad del tema, de ahí que si se desea profundizar el tema, dichas obras son fuentes indiscutibles.

<sup>32</sup> GABRIEL MAINO, Carlos, *La Argumentación, un camino para la búsqueda y verdad*, en *La Argumentación Jurídica: Problemas de Concepto, Método y Aplicación*, Universidade de Santiago de Compostela, año 2004, pp.88-91

<sup>33</sup> Véase HESIODO, *Trabajos y Días*, referencia: 25 de octubre de 2012, disponible en World Wide Web: [http://wikimainake.wikispaces.com/file/view/Hes%C3%ADodo\\_Tabajos\\_y\\_D%C3%ADas.pdf](http://wikimainake.wikispaces.com/file/view/Hes%C3%ADodo_Tabajos_y_D%C3%ADas.pdf)

V A.C., que la cultura griega inicia con su invaluable aporte al saber humano. Los pensadores de entonces, se enfocaron en encontrar un conocimiento que fuese mucho más allá de la mera opinión. Es en esta búsqueda que nace la primera concepción del *episteme*, es decir, el conocimiento tomado como verdadero y que cobrará singular importancia al contraponerse con lo que se entendería como *doxa*, asociado con lo que actualmente podríamos llamar conocimiento vulgar o de opinión. En ese proceso de diferenciación de *doxa* y *episteme*, no hallaron mejor herramienta que la utilización del *logos*, en el sentido antes señalado. La búsqueda de un “conocimiento verdadero” por medio del *logos* se tornó incesante y para ello utilizaron lo que denominarían *elenkos*, una técnica basada en la refutación de argumentos y que sería asimilable a lo que hoy en día se entiende como debate. Es gracias al *elenkos* que la persuasión tomó un papel trascendental y por tanto, el antiguo mito de Peithó y Apathé revive, ocasionando con ello la primera gran división: dialéctica versus erística. El papel de la persuasión se torna tan importante que en virtud de su esencia, nace un arte propio encaminado al desarrollo de este *don*: la retórica. No sabemos con precisión en qué momento ésta trascendió del mito a la realidad, sin embargo es gracias a Aristóteles que tenemos los primeros registros de quien lo hizo.<sup>34</sup>

El primer conocedor del arte de persuadir fue el siracusano Córax. Éste, al verse despojado de sus tierras luego de que los tiranos siracusanos fuesen depuestos por el pueblo en la caída del tirano Trasíbulo, fue el primero en utilizar la palabra de una manera audaz para defender lo suyo y convencer al pueblo con sus argumentos. Fue tal el éxito de Córax, que éste plasmó su conocimiento en un primer tratado actualmente desaparecido. Su noción trascendió fronteras, logrando así varios adeptos y discípulos en Grecia, quienes profundizaron el estudio de la persuasión y emitieron sus propios tratados, obteniendo gran reconocimiento. De ellos destacan Empédocles de Agrigento, Protágoras (citado más tarde por Platón como uno de los primeros sofistas ilustrados), Ipias, Gorgias (al igual que Protágoras otro sofista), Sócrates (quien es visto como el eslabón inicial de quien tenemos registro gracias a Platón) y, finalmente, Demóstenes (uno de los más grandes

---

<sup>34</sup> MURPHY, James, *Orígenes y Primer Desarrollo de la Retórica*, en, *Sinopsis Histórica de la Retórica Clásica*, Madrid, Gredos, 1989, pp. 14-16

representantes de la oratoria, alabado por los latinos Cicerón y Quintiliano y considerado por los mismos como *lex orandi*).<sup>35</sup>

Es en este punto de la historia que la división se torna necesaria y quien se encarga de llevarla a cabo, en base a la forma en que la argumentación se ha de hacer, es Sócrates. Por un lado, se encontraban los sofistas o también llamados erísticos, quienes planteaban al manejo de la argumentación y del discurso como un conjunto de técnicas para convencer al contrario y promover la adhesión a sus argumentos por más que estos fueran falsos (siendo la verdad un concepto totalmente relativo); por otro, se encontraban los dialécticos, representados por Sócrates, quien establece a la argumentación y su posterior refutación como la herramienta base del discurso para llegar al conocimiento de la verdad y por tanto al *episteme*. Para Sócrates, siguiendo lo dicho mucho tiempo atrás por Heráclito de Éfeso, era únicamente mediante el diálogo que se podía seleccionar los argumentos y los conceptos a establecer como verdaderos, pues para él, la refutación y la constante selección de argumentos garantizaban la obtención de un criterio más aproximado a lo estimado como verdadero.<sup>36</sup>

Sentadas las bases de la dialéctica por Sócrates, es su discípulo Platón quien la desarrolla de una manera más profunda. Con el diálogo socrático como herramienta, viaja mucho más lejos y lo aplica al pensamiento, señalando que el mismo es un constante diálogo interno con el *ánima*, mediante el cual se logra hallar lo que el hombre estima como verdadero y permanente a partir del conocimiento sensible. Es a esto a lo que el ateniense denominaría "*Idea*".<sup>37</sup> Con este concepto, Platón ubica a la dialéctica en el área del *episteme*, es decir del conocimiento y establece dos vías para llegar al mismo: la *dianoia*, entendida como el raciocinio y la *gnosis*, asociada a la intuición<sup>38</sup>. Si bien establece a la intuición como el estado más puro de inteligencia, es el raciocinio el encargado de seleccionar de entre las distintas hipótesis al *anipotheton* o conocimiento no hipotético,

---

<sup>35</sup> MURPHY, James, *Ob. Cit.*, pp. 19 y ss.

<sup>36</sup> Un ejemplo de ello, se encuentra en el Libro Primero de la República de Platón, exactamente en el dialogo de Justicia que mantiene con Trasímaco. PLATÓN, *República*, Madrid, Mestas, 2009. Pp. 19 y ss.

<sup>37</sup> Referente a este punto, el maestro Enrique García Morente niega la afirmación histórica de que la idea platónica no es más que un pensamiento sintético pues es mediante el raciocinio, el dialogo y la refutación que el conocimiento sensible llega a ser idea.

<sup>38</sup> Se debe observar aquí algo importante: Intuición proviene del latín *in tueri*, que quiere decir contemplar interiormente. Platón hace notar a la intuición como la observación de lo evidente y que por ende no requiere de intervención alguna del razonamiento.

otorgando con ello un valor mayor a la intuición que al raciocinio. Diálogos como *Fedón* o *Fedro* resultan imprescindibles, pues es en ellos que nociones como la búsqueda de un conocimiento universal por medio de la división de ideas (Fedón) o el análisis de hipótesis a fin de obtener otra, superior y universal (Fedro), se muestran por primera vez a la humanidad. La dialéctica, por tanto, se plantea para Platón como una forma científica que nace de la combinación entre la argumentación y el raciocinio, que tiene como meta el conocimiento y en el que se plantean las ideas como un conocimiento sensible depurado, he ahí la dicotomía entre experiencia y opinión.

### 1.2.1.2. La Técnica Aristotélica

Al igual que lo sucedido entre Sócrates y Platón, es Aristóteles el encargado de continuar con la labor de su maestro, diferenciándose de los primeros en que el pensamiento de éste último, será colofón y punto culminante de la concepción clásica.

Así, Aristóteles llega hasta nuestros días como el representante indiscutible de sus antecesores en lo que argumentación respecta. Es él quien introduce dos elementos base del discurso y la argumentación: la técnica dialéctica, desarrollada anteriormente por sus antecesores y el *ars* retórica, a la que establece como complemento inseparable de la primera. De la mano del Estagirita, llegan dos herramientas gnoseológicas:<sup>39</sup> la deducción, plasmada en el silogismo demostrativo y la inducción, ejemplificada con el razonamiento dialéctico.<sup>40</sup> La **deducción**, expuesta en el silogismo demostrativo, desarrolla su búsqueda basada en premisas certeras y consecuencias necesarias, mientras que la **inducción** manifestada en el razonamiento dialéctico, plantea su trabajo sobre premisas verosímiles y consecuencias probables.<sup>41</sup> Aristóteles, por tanto, se empieza a distanciar de sus antecesores al encontrar en la *doxa* la fuente de lo verosímil, base del razonamiento dialéctico y según él, fuente de verdad, pues su planteamiento al ser objetivo

---

<sup>39</sup> Entiéndase gnoseología en el sentido clásico de epistemología, es decir método para llegar al conocimiento y por ende “camino del conocimiento”.

<sup>40</sup> Esta división que hacemos en nuestro estudio, resulta trascendental para distinguir la importancia de la dialéctica en su aspecto dialógico y la lógica, muchas veces confundida y unida a la dialéctica, olvidando esta distinción hecha por Aristóteles.

<sup>41</sup> Si bien en la deducción la premisa contiene a la conclusión, en la inducción el conocimiento de la conclusión requiere ser mucho mayor al de las premisas.

(a diferencia del subjetivismo de la intuición platónica) puede ser tamizado con el uso del raciocinio y de la refutación.

Aristóteles hace la distinción sobre la cual se asientan las actuales concepciones de la argumentación: el conocimiento y por ende la verdad, provienen tanto del razonamiento analítico como del razonamiento dialéctico, ya que, si bien este último tiene su campo de desarrollo en lo verosímil, el diálogo es la herramienta que usa para llegar a su fin. Es, en razón al fin, que Aristóteles reconoce la importancia de la retórica a la que si bien no le otorga la categoría de técnica de pensamiento, la plantea como arte orientado a dar orden al raciocinio en virtud de ser una herramienta natural de búsqueda y transmisión de razonamientos por medio de la persuasión. A partir de este argumento, Chaim Perelman<sup>42</sup> afirma que la dialéctica apela a la convicción, mientras que la retórica apunta a la persuasión; de ahí que ambas sean inseparables, pues cada una tiene una función primordial: la convicción actuando sobre la inteligencia y por tanto con un sentido de universalidad y la persuasión actuando sobre el lado emotivo/volitivo del ser humano y con un sentido de particularidad.

Finalmente, es en la *Rethorika* de Aristóteles, donde hallamos por primera vez la presencia del discurso. En su obra, el Estagirita establece al discurso como un cuerpo compuesto de cuatro partes: **a) Exordio** (*exordium*) o Proemio (*proemium*), parte en la que se da a conocer sobre qué va a versar el discurso; **b) Exposición** (*propositio*) o narración (*narratio*), parte donde se presentarán los hechos sucedidos; **c) Demostración** (*confirmatio*) o persuasión (*argumentatio*), parte entendida como la aplicación de razones al punto litigioso del discurso ya que es aquí donde la argumentación cobra importancia al tener como objetivo la persuasión del oyente; y **d) Epílogo** (*epílogos*) o Peroración (*peroratio*), parte final o de cierre del discurso, donde se buscará inclinar al auditorio a favor, amplificar lo favorable, excitar pasiones y hacer lo posible por quedar en la mente del oyente.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Cfr. PERELMAN, Chaim, *Ob. Cit.*, pp. 65 y ss.

<sup>43</sup> PUY MUÑOZ, Francisco, *Ob. Cit.*, pp. 100-102

Con posterioridad a ello, la figura de Aristóteles trascenderá a lo largo de los siglos como la base sobre la cual futuros pensadores y filósofos, plantearán sus tesis, ya sea para dar la razón al filósofo de Estagira o ya sea para criticarlo y corregir lo dicho por él.

La ocupación de los territorios griegos por parte de los conquistadores romanos y la trascendencia del pensamiento heleno, colaboraron para que las enseñanzas de la trinidad filosófica de los principales exponentes del conocimiento griego, no fuese alterada sino más bien admirada por sus nuevos mandantes. Como hemos dicho anteriormente son dos figuras las que más resaltan en el periodo de la Roma Republicano-Imperial: Cicerón y Quintiliano.

Sobre lo establecido por Aristóteles, dos obras se distinguen como las más importantes de este tiempo, convirtiéndose con posterioridad en textos guía para la enseñanza escolástica hasta el S. XII: *De Inventione* (La Invención Retórica) de Marco Tulio Cicerón y el *Institutio Oratoriae* de Marco Fabio Quintiliano. El primero de ellos consta de dos libros. En sus páginas, el pensador de Arpino muestra la importancia del correcto uso del diálogo, alaba el conocimiento heleno y ensalza al arte retórico al cual suma a la elocuencia como virtud, definiendo así lo que denominaría como oratoria. Para Cicerón, sólo el argumento es capaz de transformar lo dudoso en algo cierto; por tanto, plantea la importancia del manejo de los argumentos correctamente en el discurso y muestra como el mejor y más claro ejemplo a su aplicación en el campo judicial<sup>44</sup>. La fiabilidad, la confianza y la autoridad, son virtudes que nacen de la correcta utilización del arte retórico y el razonamiento dialéctico en el discurso.

Por su parte, el *Institutio Oratoriae* de Quintiliano, es un espléndido tratado compuesto por doce libros en los cuales el pensador hispano plasma de manera detallada la técnica retórica enfocada al uso elocuente de la palabra. Cicerón es tomado como el principal modelo en el buen uso del argumento, por ende, sostiene al igual que él, que el argumento es la prueba que confirma algo que puede tomarse como dudoso. Quintiliano, además de ello, resalta la necesidad de la formación íntegra de todos quienes quieran ejercer el arte retórico, dotando a éste de una función reguladora y ética.

---

<sup>44</sup> OCHS, Donovan J., *Ob. Cit.*, pp. 201 y ss.

Es gracias a estos tratados, además del constante estudio que se dio a la obra de Aristóteles, que tanto Retórica como Dialéctica vivieron años dorados, durante los cuales fueron concebidas como arte y técnica inseparables a partir de las cuales se podía obtener un conocimiento verdadero. Estas enseñanzas trascienden hasta la Edad Media, destacando en ella, por su estudio y enseñanza del tema, tres doctores de la Iglesia: Agustín de Hipona, quien, en sus *Confesiones* señala que anterior a su conversión, gusto mucho del estudio y la enseñanza del arte retórico.<sup>45</sup>; Isidoro de Sevilla, erudito en diversas ramas del saber, quien dedicó gran parte de su tiempo al estudio de los tratados de retórica aristotélica y ciceroniana, obteniendo así conclusiones tan valiosas como la importancia de la argumentación para la convicción de las aseveraciones y la transformación de probabilidades en certezas por medio de ella, llegando a denominar a la retórica como el *ars bene dicendi* o arte del buen decir<sup>46</sup>; y, finalmente, Tomás de Aquino, quien rescata del olvido al que habían sido sumidos los tratados retóricos por los invasores islámicos, los recopila y retransmite en sus obras *De veritate* y *Summa Theologiae* estableciendo las bases de la retórica y la argumentación sobre tres pilares: el aristotélico, el ciceroniano y finalmente el isidoriano. Vale decir, que la enseñanza de la retórica y la aplicación práctica de la dialéctica se llevó a cabo con la llamada *disputatio*, ejercicio similar a lo que en su tiempo fue el *elenkos* griego, pero que distaba de éste en que eran maestros y discípulos los que argumentaban respecto a un tópico y que mediante la refutación de los distintos argumentos planteados a lo largo del diálogo, se formulaba una solución final que contenía los mejores argumentos, bajo estrictos criterios de convicción (dialéctica) y de persuasión (retórica).

Las enseñanzas de Tomás de Aquino se convierten en la base del programa de las principales Escuelas y Universidades de Europa a lo largo de la Edad Media. La Escolástica y su doctrina influyen en jóvenes pensadores, incentivando a que se elaboren nuevas tesis. Es así como nace el “Escotismo”, primer paso del lento proceso que significó la

---

<sup>45</sup> AGUSTIN DE HIPONA, *Confesiones*, Libro IV, cit. por GABRIEL MAINO, Carlos, Ob. Cit. p.68

<sup>46</sup> ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, cit por PUY MUÑOZ, Francisco, Ob. Cit. 104-105

separación entre técnica dialéctica y arte retórica, proceso que culminó en la deformación de los verdaderos usos de ambas, así como de su alcance y concepción.<sup>47</sup>

### 1.2.2. Concepción Moderna

La concepción clásica ve su fin en el siglo XVI de la mano de tres pensadores, quienes aún influenciados por las enseñanzas escolásticas, buscan formas de refutar las mismas y hallar vías nuevas que las reemplacen al ser éstas consideradas como “anacrónicas”. Nos hallamos frente a nuevos pensadores, quienes encuentran en la demostración científica un nuevo camino que los guiará de ahí en más. Por ello, plantean a la demostración científica como método infalible para la comprobación de un auténtico conocimiento. Es así que mientras lo particular, al ser demostrable, se convierte en conocimiento incuestionable, lo universal empieza a ser objetado y por tanto las tesis basadas en él (como la concepción clásica), abandonadas.

Francis Bacon, franciscano inglés, es el primero de ellos quien, sobre las enseñanzas dejadas por Agustín de Hipona, plasma sus propios conceptos en una nueva teoría de la inducción, donde las premisas son siempre particulares y por ende la conclusión no puede ser sino particular. Las tesis aristotélicas por tanto, son el punto clave de su crítica, por ello no es de extrañar que titule a su obra maestra como *Novum Organum*. La tesis de Bacon es tan bien asimilada, que compartiendo lo dicho por éste, sobresale el italiano Galileo Galilei; éste, tomando un riesgo mayor, lleva a lo expuesto por el inglés más allá y establece como paso último del razonamiento a la verificación experimental consiguiendo con ello que se considere al conocimiento *a posteriori* como irrefutable y verdadero. Este será un golpe fortísimo para el campo de lo verosímil, por su carencia de un método exacto de comprobación científica. Con ello, dialéctica y retórica se empiezan a ver cada vez más cuestionadas en el uso dado por la concepción clásica.

---

<sup>47</sup> Dos son los pensadores responsables de este primer cambio: primero, Juan Duns Scotus, teólogo escocés y después, Guillermo de Ockham, franciscano inglés. Ambos pensadores toman una postura en la que la voluntad prevalece al entendimiento y por tanto se niega la búsqueda de la razón. La prevalencia de la voluntad, sumada a la negación de lo universal planteada por Ockham, tiene como resultado a la negación teórica de lo que hasta ese entonces se entendía por inducción, piedra angular de la doctrina aristotélica. La fe, como camino único al conocimiento, retrasa considerablemente el avance humano, llevándolo a una etapa oscura en la que el pensamiento clásico, se empezó a ver criticado y dejado de lado por quienes de él obtuvieron su conocimiento.

Sin embargo, lo formulado hasta ese entonces por los dos pensadores no tiene una consecuencia tan grave en el manejo del discurso y la argumentación, como lo que tiempo después sería expuesto por Petrus Ramus o Pierre de la Rameé, doctrinario que marcará la irremediable separación entre dialéctica y retórica, y con ello, sepultando por siglos a la concepción clásica en el olvido. Ramus fue un estudioso francés que desarrolló su pensamiento desde muy joven en la Universidad de París. Desde el inicio fue un alumno eminente que se caracterizó por una posición que marcaría su vida: la aversión hacia las enseñanzas aristotélicas.<sup>48</sup> Sus ideas fueron controversiales y por ello muy criticadas en su tiempo, tan es así que muchas fueron censuradas y prohibidas a pedido de varias órdenes religiosas. Mas, a pesar de la censura y la crítica, sus ideas y doctrinas sobrevivieron al tiempo, consiguiendo ser desarrolladas tiempo después por sus discípulos entre los que destacan Diego Núñez Vela y Francisco Sánchez de las Brozas. Fue tal el impacto que tuvieron las enseñanzas de Ramus en las futuras generaciones, que éstas terminaron siendo adoptadas e incorporadas en la enseñanza general de las Universidades, consiguiendo trascender por siglos y desterrando definitivamente a la concepción clásica. En su doctrina, Ramus inicia con una crítica abierta a la enseñanza escolástica<sup>49</sup> y culpa de ello a las doctrinas aristotélicas, a las que establece como quiméricas y extemporáneas. Su animosidad hacia la figura de Aristóteles hace que critique cada una de sus obras y les otorgue valores completamente inferiores y distintos a los reconocidos originalmente. En este *estudio crítico* se topa con la retórica y es, en base a su admiración hacia Quintiliano y Cicerón y su animadversión hacia Aristóteles, que la reduce a la elocuencia y al uso de figuras ornamentales. Este concepto *ligero* de retórica, echa abajo las enseñanzas acumuladas siglos atrás, pues al acercarla peligrosamente a la concepción sofista tan combatida por los pensadores clásicos, la separa para siempre de la dialéctica, y la relaciona erróneamente con el engaño.

### **1.2.3. Concepción Racionalista Cartesiana**

---

<sup>48</sup> Es tal su crítica a Aristóteles, que su tesis de *Maitre des Arts* se tituló: *Quaecumque ab aristotele dicta essent commentitia esse (Todo lo dicho por Aristóteles es falso)*

<sup>49</sup> Vale destacar que Ramus se convirtió al protestantismo y renunció a la fe católica

En el S. XVII, el mundo presencia el auge de un intelectual que modifica el pensamiento para siempre: René Descartes. Como bien explica García Morente<sup>50</sup>, Descartes nutre su conocimiento de enseñanzas anteriores a él y que aunque considera superiores, se atreve a cuestionar a fin de hallar lo que hasta entonces había sido ajeno para la humanidad: el conocimiento verdadero. Para este fin, Descartes reconoce únicamente dos caminos: la intuición y la deducción. En el caso de la primera, la certeza juega un papel primordial ya que establece a la intuición como la forma de inteligencia más pura al ser el conocimiento captado de una manera clara, sencilla y evidente como consecuencia ineludible de algo previamente conocido. En el caso de la deducción acontece algo muy particular: Descartes establece a la certeza como premisa y ya no como conclusión, por ende, instituye al silogismo como método de explicación y no de búsqueda. El imperio de la razón empieza a regir la historia de la humanidad con lo evidente como portaestandarte y lo apodíctico, claro y entendible como el único método de persuasión. El campo de lo verosímil y con él, el uso de la dialéctica y la retórica, han sido abandonados indefinidamente y reemplazados por lo exacto: esta es la puerta de entrada a la Lógica como único sistema argumentativo válido.

*“El Discurso del Método”*, las *“Meditaciones Metafísicas”* y las *“Reglas para la Dirección del Espíritu”* marcan a una generación completa de pensadores y señalan el rumbo de la modernidad con dos enfoques de la concepción racionalista cartesiana: por un lado, el empirismo inglés y su derivación más profunda, el psicologismo y por otro, el idealismo alemán u occidental.

En este nuevo período de ideas son tres esferas sobre las que trabajarán las nuevas teorías: la psicología, ya que las vivencias en conjunto con el conocimiento son inseparables; la lógica, ya que existen vivencias a las que se denomina de enunciación y por las cuales se formulan tesis, proposiciones, afirmaciones o negaciones; y finalmente la ontología, ya que en la búsqueda del conocimiento existen vivencias de enunciación de algo

---

<sup>50</sup> GARCIA MORENTE, Manuel, *Lecciones Preliminares de Filosofía*, Buenos Aires, Losada, 2004, pp. 43 y ss., 159 y ss.

acerca de algo<sup>51</sup>. Muchas veces la preponderancia de uno o de varios de esos tres elementos determinará un enfoque u otro.<sup>52</sup>

### 1.2.3.1. Enfoque inglés o Empírico-Psicologista

John Locke, pensador nacido en Wrington, Inglaterra, influenciado por el método experimental e inductivo de Bacon y por las enseñanzas escolásticas recibidas de su alma mater, la Universidad de Oxford, desarrolla una tesis según la cual la sensación (relacionada directamente con la experiencia) y la reflexión, son las únicas formas que tiene el ser humano para llegar al conocimiento. A pesar de abrirse un poco más que sus antecesores a la argumentación, plantea al conocimiento y su obtención como un proceso psicológico interno y personal<sup>53</sup>, anulando por tanto toda necesidad de diálogo en pos del conocimiento y como consecuencia lógica, negando a la dialéctica. Sobre la estructura empirista/psicologista expuesta por Locke, el irlandés George Berkeley reconoce únicamente la existencia de una substancia espiritual, a la cual entiende como un “yo interno”. Es el “yo interno”, el que establece la existencia de algo en base a su trascendencia psicológica (es decir, la realidad es todo lo percibido por ese “yo interno” y lo irreal o inexistente, es todo lo ajeno a este), logrando de esta manera explicar de una forma más profunda el proceso de reflexión enunciado por Locke. El análisis de Berkeley es abordado con mayor profundidad, por David Hume, exponente último del psicologismo. El escocés en su obra “*Tratado de la Naturaleza Humana*” niega totalmente la presencia del conocimiento fuera de la mente humana y establece su existencia en la misma como un conjunto de ideas y percepciones divididas entre simples y complejas que se producen gracias a impresiones a las cuales el hombre se “acostumbra”. De los anteriores pensadores, es el más terminante al tratar el tema de la argumentación, pues la describe como un artificio capaz de producir sentimientos orientados a la aprobación de una cosa, limitándola así al ámbito de la persuasión y del mero ornamento.

---

<sup>51</sup> GARCÍA MORENTE, Manuel, *Ob. Cit.*, pp. 186 y 187.

<sup>52</sup> Cfr. GARCÍA MORENTE, *Ob. Cit.*, pp. 188

<sup>53</sup> Autores como Gabriel Maino o García Morente llaman a lo actuado por Locke como Psicologismo, pues para él, la experiencia interna del ser humano es la que determina al conocimiento.

Si bien el enfoque Inglés conserva rezagos del enfoque ornamental moderno, expone al empirismo y la demostración como único argumento válido. Aunque este enfoque niega a la dialéctica, reconoce a la retórica en su forma *moderna* y establece que la persuasión se produce como resultado de un proceso de deliberación interna o *proceso psicológico*. Vale también rescatar el papel que juega este enfoque en lo que más tarde sería la *formación interna del argumento* en la teoría de la argumentación Perelmaniana.

### 1.2.3.2. Enfoque Alemán o Idealista

El enfoque planteado por los doctrinarios ingleses no complació del todo a los pensadores alemanes quienes, inconformes con el desprendimiento del ser y la reducción del conocimiento a percepciones e ideas, prefirieron orientar la doctrina cartesiana hacia otro rumbo. La psicología queda de lado y los otros dos elementos, la ontología y la lógica, cobran una importancia singular para estos intelectuales. Hay que aceptar que en los nuevos tiempos el pensamiento aristotélico, si bien sigue siendo aceptado, empieza a ser adaptado y modificado, no volviendo a ser el mismo. Por otra parte, el pensamiento cartesiano funciona como la base sobre la que empezarán a realizarse nuevas tesis.

La asimilación de los conceptos lógico y ontológico en conjunto se presenta gracias a Gottfried Leibniz<sup>54</sup> quien para iniciar su investigación, estudia y muestra el error que afecta al Empirismo Inglés, manifestándolo como un intento de reducir lo racional a lo simplemente fáctico, la razón al puro hecho. Es por ello, que someter el conocimiento a la vivencia pura carece de racionalidad y deforma la base de la concepción racionalista a criterio de Leibniz. Una vez analizado este hecho, lo toma como punto de partida y postula la base de su tesis: la división del conocimiento en dos tipos de verdades, *verdades de razón* y *verdades de hecho*. Por *verdades de razón*, Leibniz entiende a todo aquel enunciado que tiene un consistir necesario, es decir, que no puede ser concebido de ningún otro modo, por tanto, son verdades percibidas por la razón. Por *verdades de hecho* en cambio, entiende a todo aquel enunciado que posee un consistir contingente, es decir que si bien pueden ser

---

<sup>54</sup> Leibniz fue llamado “El último genio universal”. Incluso quienes no compartían las doctrinas de Leibniz, nunca se cansaron de alabar su genio. Un ejemplo de ellos es el pensador materialista francés Denis Diderot, quien dedica parte de sus Obras, entre ellas la Enciclopedia, a enaltecer y ensalzar la genialidad del pensador de Leipzig. Una referencia del tema se puede hallar en la Stanford Encyclopedia of Philosophy, referencia: 1 de Noviembre de 2012, disponible en World Wide Web: <http://plato.stanford.edu/entries/leibniz/>

concebidas de una forma previamente, también pueden ser concebidas de forma diferente sin perjuicio alguno, por tanto, son verdades percibidas por los sentidos y confirmadas por medio de la demostración más racional posible: la matemática. La presencia de las llamadas verdades de razón y con ellas, la recuperación de lo lógico y universal, son conceptos que determinan que este sea el inicio de lo que en adelante se denominará como la primacía de las ideas o *Idealismo*.

El estudio de Leibniz deja sentada la base para el trabajo de la lógica dentro de la argumentación, siendo argumentos válidos los sometidos a ella debido a su asimilación con la matemática, gracias a su sistema proposicional o de primer orden.

La doctrina de Leibniz es el camino para que un nuevo pensador oriente a la suya: Immanuel Kant. Para una mejor comprensión de las doctrinas de Kant debemos situarnos en un nuevo tiempo. Es en el año 1687 que un hombre, dueño de un gran intelecto, modifica el conocimiento humano con un hecho que Descartes había podido simplemente *soñar* años antes: la explicación matemática/científica del mundo. Isaac Newton, con su obra "*Philosophiæ naturalis principia mathematica*", considerado el libro científico más importante de todos los tiempos, logra alcanzar lo que hasta ese entonces solo había podido ser imaginado por muchos pensadores. He aquí que el conocimiento al fin ha sido alcanzado en su forma ideal, por tanto la tarea de Kant se enfocará en explicar un conocimiento demostrado científico-matemáticamente y al fin concebido como cierto y universal gracias a Newton.

Para ello, Kant inicia con un primer planteamiento: El ser ya no aspira al conocimiento, el ser es un objeto de conocimiento. Basado en esta premisa y gracias a la demostración matemática de Newton, enuncia que *el conocimiento está compuesto de juicios, siendo estos en su aspecto más puro, lógico-matemáticos*. Así, divide a los juicios en dos: *analíticos*, de naturaleza tautológica, es decir verdaderos para cualquier interpretación y por tanto con el sujeto contenido en el predicado siendo así innecesaria la experiencia para su demostración; y *sintéticos*, de naturaleza contingente, es decir que su ser no es necesario ni imposible, por tanto necesitan de la experiencia y la demostración para ser verdaderos, convirtiéndose, gracias a esta característica, en temporales y espaciales. Además de estos dos tipos de juicios, distingue a un tipo más, los *juicios a*

*priori*, relacionados principalmente con la Matemática y la Física, los cuales al ser evidentes, no requieren una demostración fáctica y por ello no se alteran ni en tiempo ni en espacio. Esta consideración última lleva a Kant a la conclusión de que los únicos juicios que se pueden considerar ciertos y universales son los analíticos y los sintéticos a priori, estableciendo con ello que no se puede conocer lo incognoscible. *He aquí que la comprobación lógica matemática se convierte en indispensable para la aceptabilidad de un argumento.*

Dos de sus obras, *Critica de la Razón Pura* y *Critica del Juicio* abordan de una manera directa a la dialéctica y a la retórica luego de mucho tiempo. En el primero de ellos, dedica una parte entera al estudio de lo que él denomina *Dialéctica Trascendental*. En su estudio, Kant denomina a la dialéctica como un arte *sofístico*, basado en la creación de apariencias, de ahí que la nombra como *Logik des Scheins* (Lógica de las Apariencias). Para Kant es imposible conocer lo incognoscible, por tanto descarta el terreno de lo verosímil como campo de trabajo, pues considera que la naturaleza de la razón, lleva al ser humano irremediablemente a caer en el uso de sofismas. Así, en su obra, diferencia a 3 tipos de argumentos: a) *Los Paralogismos*, entendidos como la errada alegación de la existencia de algo por el simple hecho de poder ser pensado (V.Gr. *El viaje en tiempo*); b) *Las Antinomias*, entendidas como una contradicción irresoluble, ya que sus tesis y antítesis son explicables en sentido racional (V.Gr. *las paradojas*); y c) “*El ideal de la Razón Pura*”, entendido como la suprema condición material en la que se alberga toda la existencia y el conocimiento, convirtiéndose así en un paralogismo extremo. Esta distinción planteada por Kant, permanece hasta nuestros días en el campo de la lógica.

Luego, en su *Critica de la Razón Pura*, Kant establece la distinción (que luego sería retomada por Perelman) entre *argumentación objetiva o convicción* y *argumentación subjetiva o persuasión*. Mas, establece un tercer elemento, *el sugestionar*, calificando finalmente a la argumentación como un artificioso sugestionar basado en un arte insidioso

que utiliza maquinaciones de la persuasión.<sup>55</sup> El minucioso estudio de Kant influirá increíblemente en las siguientes generaciones.<sup>56</sup>

Sobre los cimientos establecidos por Kant, otro filósofo alemán construye su pensamiento logrando una trascendencia igual de profunda, siendo su doctrina acogida como zócalo por el prusiano Karl Marx. Georg Wilhelm Hegel parte del absoluto como base, mas, lo plantea de una forma distinta. Para Hegel, el absoluto es equivalente a la razón, y por ello le atribuye cualidades especiales y únicas, fuentes creadoras de los distintos fenómenos; en virtud de ello, Hegel establece que la razón se encuentra en infinito movimiento, por lo tanto la define como *dinámica y constante*. Si bien Hegel en su descripción del absoluto como razón dinámica tiene una fuerte influencia Kantiana, se distancia de él al criticar el sentido negativo que éste otorga a la dialéctica en sus obras. Su crítica toma como punto base a las antinomias kantianas, a partir de las cuales enuncia que “no es una razón finita incapaz de conocer la realidad, sino la dinámica de una razón infinita”<sup>57</sup> Gracias a esta proposición, Hegel determina que la razón infinita es la que conoce la totalidad de la cosas, el absoluto en sí mismo; por tanto este, no puede sino ser expresado por medio de una contradicción.

Vale decir que la concepción dinámica del absoluto hegeliano, hace que éste presente una noción totalmente distinta de dialéctica, enfocándola específicamente en el ámbito histórico, distanciándose así del concepto clásico de la misma y por ende, ajeno a nuestro tema de estudio.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> Cfr. LOZANO JORGE, A vueltas con la retórica, Universidad Complutense de Madrid, pp. 13-20, cit. por GABRIEL MAINO, Carlos, Ob. Cit. p.80

<sup>56</sup> Para el S. XVIII, la aceptación del absoluto en una índole espiritual se llega a generalizar de tal forma, que la categoría de atemporalidad y de permanencia espacial son aceptadas sin reparo alguno por muchos de los nuevos pensadores. De ahí que como continuadores de la corriente kantiana valga destacar a dos pensadores que elaboran sus tesis sobre el pilar de lo absoluto: Johann Gottlieb Fichte, plantea al absoluto como la libertad del “yo” que se autodefine. Su esencia” radica en la acción, en la actividad, base sobre la que se reafirmara como sujeto y no como objeto convirtiendo al conocimiento subordinado de la acción, la cual le permite definirse como tal. Posterior a Fichte, otro pensador alemán que toma la base de lo absoluto aparece, pero le da un enfoque distinto. Friedrich Schelling, intelectual afín al arte y a la estética, plantea al absoluto como la armonía es decir como la unidad sintética de contrarios dentro de la cual convive la diversidad del mundo. Esta unidad se afirma en una suprema identidad: “todo es uno y lo mismo”.

<sup>57</sup> GARCIA MORENTE, Manuel, Ob. Cit. 345 y ss.

<sup>58</sup> Para Hegel la dialéctica es una progresión constante basada en que cada movimiento sucesivo surge como respuesta a las contradicciones que presenta el movimiento inmediatamente anterior. Esto aplicado en la

Frente a la concepción hegeliana, hay que resaltar a un filósofo que al igual que el de Stuttgart, influirá profundamente en el pensamiento de los siglos XIX y XX, siendo su doctrina la conexión directa con las concepciones contemporáneas. Natural de Danzig, actual Polonia, Arthur Schopenhauer, se presenta con un estudio meticuloso y profundo de la filosofía kantiana y dista diametralmente de su contemporáneo, Hegel, a tal punto de ser considerado *antihegeliano*. El valor de la definición de Schopenhauer radica en la recuperación parcial de la concepción clásica de dialéctica, desvinculándola totalmente del sentido alternativo que Hegel le dio.

Si bien el sentido planteado por Schopenhauer, es un retorno a lo clásico, vale decir que éste tiene una mayor cercanía con los conceptos platónicos y kantianos, sin recurrir en forma alguna a la base aristotélica; así, para Schopenhauer, la dialéctica no posee sentido gnoseológico ni utilidad científica alguna, pues la define como un conjunto de instrumentos argumentativos, basados en estrategias, recursos y habilidades al servicio de lo verdadero y falso a fin de hacer prevalecer un argumento sobre cualquier interlocutor. Al tomar en cuenta solamente aspectos técnicos y formales, Schopenhauer incluye implícitamente a la retórica y por tanto la mezcla con el concepto de dialéctica, distando de Platón, al darle un sentido meramente erístico, de ahí que dé la razón a Kant, al decir que la dialéctica es el *arte de hacer pasar algo por verdadero*. Esta concepción se mantendrá a lo largo de los años e influirá en las futuras generaciones de los S. XIX y XX hasta la Segunda Guerra Mundial.

#### 1.2.3.3. Enfoque Lógico –Matemático

Finalmente el desarrollo de la lógica a finales del S. XIX e inicios del S. XX, marca el inicio de la primera concepción de argumentación jurídica como tal, donde, gracias al desarrollo del *sistema lógico de predicados* o también llamado *lógica de primer orden*, se logra explicar toda la matemática mediante el uso de dicho sistema y por ello, en atención al racionalismo, se buscará la explicación lógica de cualquier argumento a fin de abstraerlo lógicamente y comprobar lo que se denominaría de ahí en más *criterio de validez*

---

historia es la base para la explicación de que las respuestas para el presente histórico se hallan en las contradicciones del pasado.

*formal*. Gottlob Frege se establece como su pionero y representante<sup>59</sup>. Sus obras *Conceptografía y Fundamentos de la Aritmética*, serían estudiadas y reflexionadas a profundidad por doctrinarios como Russell, Klug y hasta el mismo Perelman, luego de lo cual, partirían para presentar sus propias tesis y convertirse así en representantes de lo que a mediados del S.XX, se convertirían en las tres concepciones de la argumentación jurídica

### 1.3. Las Tres Concepciones de la argumentación jurídica

La concepción racionalista de la argumentación, y de especial forma sus enfoques idealista y lógico matemático, trascendieron hasta avanzado el siglo XX. Sin embargo, su manejo llega a ser discutido luego de dos acontecimientos: primero, el cuestionable manejo que se hizo del discurso y la argumentación y con ellos de la retórica y la dialéctica durante la Segunda Guerra Mundial por líderes y representantes de diversos sistemas políticos como herramientas para prevalecer con el argumento más fuerte sin distinción entre lo verdadero y lo falso; y segundo, la crisis de las ciencias exactas en su concepción primaria (la matemática y la física newtoniana y específicamente la geometría euclidiana, considerada como pilar del racionalismo) por el apareamiento de nuevas concepciones y demostraciones venidas de la mano de científicos como Gauss, Ivanovich y Einstein, quienes con sus tesis mostraron la inexistencia de una verdad absoluta y por ende de una disciplina exacta en sí<sup>60</sup>. Por su parte, el surgimiento de nuevas doctrinas como el positivismo a finales del S.XIX e inicios, del siglo XX, marca para autores como Rabinovich, la reutilización de herramientas y estrategias anacrónicas ya empleadas por los erísticos hace veinticinco siglos<sup>61</sup>.

Es aquí, que luego del holocausto y del hundimiento de varias repúblicas durante la segunda guerra mundial, en ese período de refundación postguerra, aparecen varios

---

<sup>59</sup> Es interesante destacar que el estudio de la lógica de predicados de Frege, fue lo que llevó a Perelman a desarrollar su Tratado y con él su Enfoque Retórico.

<sup>60</sup> El apareamiento de la Física Cuántica y la Teoría de Cuerdas marcan un después en la concepción de los términos: exacto y absoluto.

<sup>61</sup> Ricardo Rabinovich al referirse al positivismo de Comte., realiza un estudio minucioso al citar plenamente al primer diálogo presente en la república de Platón, específicamente a lo expresado por Trasímaco respecto a la justicia y muestra que los criterios positivistas no son más que una refundación de criterios existentes desde la Grecia Helénica. Cfr. RABINOVICH, Ricardo, *Recorriendo la Historia del Derecho*, Quito, 2da Edición, 2010, pp. 386-389.

pensadores que retoman los conceptos aristotélicos a fin de solucionar las fallas que el uso de la estricta concepción racionalista cartesiana había tenido y de las cuales, al ser estudiosos, tenían profundo conocimiento.

A partir de la segunda mitad del S. XX, gracias a los conocimientos aportados por el desarrollo de la Ciencia Jurídica, podemos hablar al fin de una Teoría de la Argumentación Jurídica como tal, ya que se llega a determinar que es en la esfera jurídica donde se halla el campo de mayor aplicación del discurso y de la argumentación en sí, teniendo como pilares fundamentales a la lógica, la retórica y la dialéctica. Es en este nuevo periodo que se muestran tres concepciones y enfoques, que a pesar de haber aparecido a lo largo del tiempo, deben ser considerados como sucesivos y complementarios, ya que en su comprensión, radica el perfeccionamiento que ha tenido la argumentación dentro del Discurso Jurídico.

### **1.3.1. Concepción formal y enfoque lógico**

La lógica tuvo un gran desarrollo a partir del siglo XVIII, llegando a su punto máximo en el S.XX; el aparecimiento de la lógica formal y con ella su desarrollo proposicional, de primer orden y modal, marcan un antes y un después en el mundo. Los primeros estudiosos de la argumentación jurídica, hacen un énfasis en el estudio de la lógica y del lenguaje lógico, especialmente como criterio de racionalidad y de validez formal de los argumentos jurídicos, siendo ésta, la base de sus estudios. La resolución de las situaciones jurídicas planteadas como problemas formales, se establecen como el objetivo primario de esta concepción. La aplicación de lógica se plantea entonces, como la abstracción del mundo jurídico a un lenguaje racionalizado; por tanto, se introduce las nociones lógicas como mecanismos básicos, para la composición de conflictos jurídicos.

Esta concepción y enfoque respectivamente, siguen fuertemente arraigados en los sistemas jurídicos continentales en los cuales, partiendo del análisis jurídico, se continúa aplicando el requisito de validez lógica como principio de aplicación universal a todos los casos. Este requisito se comprueba aplicando las siguientes reglas: primero, se identifican premisas y conclusiones en determinado caso; luego, se seleccionan y clasifican los razonamientos entre deductivos e inductivos; posteriormente, se convierten las

proposiciones del lenguaje común al lenguaje lógico proposicional; y, finalmente, se realiza la aplicación de las reglas de validez lógica a las fórmulas obtenidas con anterioridad.

Si bien la lógica tiene una importancia fundamental en el desarrollo de la argumentación jurídica, la naturaleza abstracta que le otorga la concepción formal y el enfoque lógico, convierte a los conflictos interhumanos en simples conflictos numéricos y por ende, pretende convertir al comportamiento del ser humano en algo exacto, siendo por ello su aplicación exclusiva realmente criticada.

Autores como Klug, Hage y Prakken, desarrollaron modelos lógicos para el análisis de conflictos jurídicos, despojando a los argumentos del lenguaje formal y dotándoles del sistema lógico proposicional o lógico de primer orden para su resolución<sup>62</sup>; vale anotar como conclusión, que en esta concepción y enfoque, premisas y conclusiones son enunciados que requieren ser interpretados y dotados de validez para su reconocimiento por medio de la lógica.

### **1.3.2. Concepción material y enfoque retórico**

La explicación de un acto o un hecho, la descripción de un suceso, la justificación de una acción o la simple recomendación o sugerencia sobre algo, requieren de argumentos válidos que sirvan de respaldo.

La concepción material y el enfoque retórico, encuentran que para estas acciones el requisito de validez formal planteado por la lógica, no se aplica para todos los casos, y por tanto su abstracción lógica, muchas veces resulta imposible. He aquí que para este enfoque, la importancia radica en el contenido de los argumentos y su aceptabilidad por un auditorio. Los argumentos dirigidos a la explicación, a la indagación, a la constatación o a la recomendación de acciones, llegan a justificarse en gran parte por la esfera o rama jurídica en la que se esté trabajando o simplemente por el tipo de conflicto a la cual pertenezca.

---

<sup>62</sup> FETERIS, Eveline, Ob. Cit., pp. 59 y ss.

La solución para esta concepción y enfoque, radica en la correcta aplicación de uno o varios tipos de argumentos adecuados a fin de componer el conflicto interhumano; por tanto, la abstracción y la solución hipotética a través de fórmulas, carece de sentido.

El contexto del cual depende la aceptabilidad de los argumentos, está igualmente relacionado a la audiencia a los que estos se dirijan, es por ello que generalmente el punto de partida se encuentra en argumentos creados u obtenidos desde puntos de vista generales, que posean la capacidad de persuadir y convencer al auditorio, con relación al contexto y mediante diversos tipos de argumentos.

Como representantes de esta concepción podemos distinguir a tres estudiosos que desarrollaron sus tesis enfocados en el desarrollo material de la argumentación jurídica y cuyas doctrinas sirvieron de base (al igual que la concepción formal/lógica) a otros pensadores para la orientación y creación de un siguiente enfoque. Nos referimos así a: **a) Stephen Toulmin**, quien inicia señalando que el argumento depende del contexto en el que será empleado y por ello defendido en base a datos, respaldos y garantías ; **b) Chaim Perelman**, quien muestra que el correcto uso de los distintos tipos de argumentos en un determinado campo y ante audiencia establecida previamente, resultarán en la aceptación de una razón jurídica, fijando para ello, con precisión y detalle, los tipos de argumento a emplear así como la clasificación de audiencias en ante las cuales estos pueden ser expuestos; y, finalmente **c) Theodor Viehweg**, quien retomando el estudio de los tópicos aristotélicos, establece la necesidad de que los argumentos jurídicos sean basados en puntos de vista generales, a fin de que estos convenzan y persuadan a la comunidad jurídica en aplicación del sentido de universalidad.

Como conclusión tenemos que la importancia para este enfoque y concepción, radica en la premisa como base de la conclusión que se asumirá como ligada a ella, tanto por la fuerza así como por la convicción de que goce.

### **1.3.3. Concepción pragmática y enfoque dialógico**

El avance de los tiempos y las bases dejadas por los maestros de la concepción material, así como las doctrinas lógicas de la concepción formal, fueron trascendentales para que un nuevo grupo de pensadores en las décadas finales del siglo XX, creasen nuevas tesis y mostrasen al mundo una nueva concepción y enfoque basados en la argumentación como un diálogo. Como vimos anteriormente, la dialéctica ha jugado un papel sumamente importante desde hace ya 2.500 años, siendo la última centuria, testigo de su resurgimiento. He aquí, que retórica y dialéctica vuelven a tornarse inseparables y los conceptos de convicción y persuasión, complementarios; remediando con ello, el craso error arrastrado desde la época de los nominalistas. Esta nueva concepción da un énfasis concreto al éxito de un argumento basado en la aceptación que tenga el mismo durante un diálogo, gracias al adecuado uso de argumentos y técnicas argumentativas; tomando con ello un papel importante la convicción y la persuasión

Para esta corriente, el proceso judicial se muestra como un intercambio lingüístico, dinámico y constante, entre las partes, en el que se emplean elementos propios de la dialéctica y la retórica, orientados a la solución formal del problema y más que a ello, a la aceptación innegable por las partes interesadas.

Las bases retórico-materiales, constituyen herramientas sin las cuales el diálogo carecerá de trascendencia, ya que las mismas marcan la dinámica constante del proceso jurídico y dotan de convicción y persuasión a la decisión final. Vale decir que el diálogo presenta como objetivo principal, la defensa o el ataque dialéctico-retórico de una tesis, afirmado en el pre-diseño de estrategias que cada una de las partes expondrá, confiriendo a su argumento fuerza explicativa y aplicativa, elevando así el nivel dialógico. Es en este enfoque, que la argumentación jurídica retoma su esfera social y se muestra como la búsqueda de una verdad mediante la interacción de argumentos, respetando determinados procedimientos y siguiendo una regulación previamente establecida. Así y solo así, se produce finalmente la reivindicación de la retórica y su justo retorno la dualidad complementaria con la dialéctica.

Como dice Atienza, esta concepción y enfoque toman el nombre del calificativo “pragmático” pues su importancia radica en los efectos que produce la argumentación; aquí no tiene cabida la abstracción lógica, ni tampoco el énfasis en la correcta construcción

de premisas, sino la aceptación que la conclusión o conclusiones, por el correcto uso de las anteriores conlleva<sup>63</sup>.

Los principales representantes de esta tercera y última concepción son: Aulius Aarnio, Aleksander Peczenick, Jurgen Habermas y Robert Alexy. Al respecto, Eveline Feteris resume la esencia del pensamiento de estos estudiosos al decir que sus teorías se condensan en la consideración de que *“la argumentación jurídica es una forma de comunicación racional para llegar a un consenso racional por medio de la discusión”*.<sup>64</sup> En conclusión, nos hallamos, ante un enfoque que acoge lo mejor de los dos anteriores y perfecciona totalmente la argumentación jurídica.

#### 1.4. Tres Modelos Base de la Argumentación Jurídica: Breve Reseña y Crítica

Resulta práctico para el desarrollo de nuestro tema, el mostrar tres modelos que han sido base de la argumentación jurídica y cuyos elementos serán empleados como herramientas indispensables para el desarrollo de capítulos subsiguientes, ya que sus doctrinas se convierten en fundamentos que se prestan para la construcción del Discurso Argumentativo Jurídico

##### 1.4.1. El Modelo Lógico o de Abstracción Lógica Del Argumento

El enfoque lógico es el de más tradición en la Teoría de la Argumentación Jurídica. Muchos autores y pensadores que crearon otros modelos, iniciaron su estudio con el Modelo Lógico. Algunos, aceptaron plenamente su aporte y lo desarrollaron más profundamente (como es el caso de Hage, Klug o Prakken); otros mientras tanto, vieron en el Modelo Lógico el punto de partida para sus tesis, ya sean estas para criticar al mismo y ofrecer nuevas ideas (Perelman, Toulmin o Viehweg), o para utilizarlo como herramienta de comprobación y demostración de sus sistemas (Alexy, McCormick, Aarnio).<sup>65</sup>

Hablar del modelo lógico, es remontarse veinticinco siglos atrás en el tiempo y retomar las enseñanzas de Aristóteles, quien, al plantear al silogismo, dio paso a la

---

<sup>63</sup> ATIENZA, Manuel, Ob.Cit, pp. 86-89

<sup>64</sup> FETERIS, Eveline, Ob. Cit., p.48

<sup>65</sup> FETERIS, Eveline, Ob. Cit. 42 y ss.

deducción y por ende sentó bases para el desarrollo de la Lógica. Vale decir, que lo que haremos a continuación, es una aproximación al Modelo Lógico y no en estudio a profundidad del mismo, pues ello es tema para una nueva investigación al considerar la cantidad de material que se ha escrito sobre el mismo en diversas ramas del Derecho.

El enfoque lógico enfatiza su estudio en la validez lógica de un argumento jurídico y para ello se vale del *Modelo Lógico*. Todo argumento jurídico está compuesto por dos aspectos: material y formal. El aspecto material se orienta hacia el conocimiento y certeza de los hechos y su validez conforme a una norma jurídica legítima o a una interpretación admitida de la misma; mientras que el aspecto formal se dirige a la constatación de que el juicio expresado en el argumento sea lógicamente válido, es decir que lo expresado en él, derive de razones que lo justifiquen.

Para Feteris, el modelo más representativo de un argumento lógicamente válido es el “*modus ponens*”,<sup>66</sup> pues para la lógica formal, un argumento compuesto por dos premisas y una conclusión derivada de ellas, será válido siempre, con total independencia del contenido de las premisas pues, en este sentido aclara, la validez lógica es asunto de la forma del argumento y no de su contenido, ya que para ello, son las normas de aceptabilidad material las encargadas de dicha evaluación. La validez lógica del argumento jurídico, para autores como Hare, deriva de la universalidad de las expresiones descriptivas, de ahí que Alexy tome su reflexión para relacionarla directamente con la norma de racionalidad legal.<sup>67</sup>

Los distintos tratadistas que se encargaron de desarrollar el modelo lógico de argumentación, lo adecuaron al avance de la lógica, generando sistemas que permitan la abstracción lógica de los argumentos jurídicos; destacando así, 4 sistemas primordiales:

- *Sistema Lógico Silogístico*: Es el más antiguo de todos. Fue ideado por Aristóteles y es la base sobre la que los demás sistemas se desarrollaron. Está constituido por dos premisas, una mayor y una menor, a partir de las cuales se obtiene una conclusión. En Derecho, ha sido objeto de estudio por ramas como Teoría General e Introducción al Derecho, Lógica Jurídica o Análisis Jurídico,

---

<sup>66</sup> El *modus ponens* en la lógica formal se entiende con la forma clásica: “ Si p entonces q; q ; por tanto p”

<sup>67</sup> Cfr. ALEXY, Robert, Ob. Cit., p.79

siendo una de las primeras enseñanzas impartidas a todo estudiante de Derecho al facilitar el entendimiento de la conexión lógica entre norma general y caso específico y su consiguiente aplicación.

- *Sistema Lógico Proposicional*: No todos los argumentos tienen la facilidad de ser expresados por medio de silogismos, es por ello que la lógica moderna creó un sistema capaz de desarrollar proposiciones complejas a partir de proposiciones simples valiéndose de constantes lógicas expresadas por medio de conectores o conectivos lógicos que encarnan una operación en sí. El *Modus Ponens* del que habla Feteris, es un ejemplo de Lógica Proposicional. Muchos conectores lógicos proposicionales vienen implícitos en los argumentos jurídicos, de ahí que con la Lógica Proposicional se facilite la abstracción lógica los mismos.

- *Sistema Lógico de Predicados*: O también llamado Sistema Lógico de Primer Orden. Además del desarrollo de los conectores lógicos, este sistema incluye el uso de expresiones de cantidad o cuantificadores, variables y constantes de individuo, así como la inclusión de predicados. Es en sí un sistema lógico de los más complejos (no en vano es factible explicar toda la matemática mediante el mismo). Su uso en el Derecho es común, a pesar de ser criticado por varios estudiosos que consideran que los predicados no pueden abarcar al campo de lo normativo en su totalidad y que por ende requiere de operadores deónticos para completarse.

- *Sistema Lógico Deóntico*: Como sistema, es una evolución tanto de la lógica proposicional y de la lógica de predicados, enfocada al análisis de las normas y las proposiciones derivadas de ellas, por medio del uso de operadores deónticos como la obligación, la indiferencia, la permisión o el veto, convirtiéndose así en un sistema con un sentido de especificidad mayor a otros, en lo que a Derecho se refiere. Alexy, Koch o Kalinowski son algunos de los autores que han destacado su uso en la argumentación jurídica.

Independientemente del sistema a utilizar para lograr la abstracción lógica de un argumento y con ello su aplicación, se requiere seguir cuatro reglas: primero, modificar el

contexto literal del argumento a fin de que este pueda ser abstraído de forma lógica; segundo, interpretar el argumento de tal forma que los enunciados se puedan expresar como premisas y conclusión; tercero, transformar el argumento a un lenguaje lógico asimilable por cualquiera de los sistemas lógicos antes señalados, es decir utilizando lenguaje lógico estándar (variables de individuo (A ó B) y expresiones lógicas comunes -y; o; por tanto-); y, cuarto, reemplazar las expresiones lógicas por símbolos lógicos y si es necesario, incluir operadores deónticos. Por tanto, sin perjuicio del sistema lógico que se haya utilizado, habremos comprobado el requisito de validez lógica en el argumento jurídico.

Si bien la lógica formal en el estudio del Derecho tiene mucha importancia, con el apercibimiento de otros enfoques, su importancia se empieza a limitar al análisis y evaluación de la argumentación; sin embargo, esta evaluación debe ser posterior a la construcción del argumento y tomada únicamente como medio de comprobación, pues, como Perelman lo plantearía tiempo después, los juicios de valor no se pueden someter a una prueba formal ya que no existe exactitud matemática en ellos. La reconstrucción de argumentos usando los sistemas lógicos, permite su evaluación desde un punto de vista formal; sin embargo, limitar la argumentación jurídica a su uso, es limitar al ejercicio jurídico en sí.

#### **1.4.2. El Modelo de Toulmin o “Adecuación del Argumento”**

Stephen Edelston Toulmin, filósofo inglés, se convierte en uno de los principales exponentes de la concepción material de la argumentación jurídica. Realizó sus estudios en Filosofía en la Universidad de Cambridge y aunque no estudio Derecho formalmente, su Modelo de Argumentación resulta ser una contribución gigantesca para la Teoría de la Argumentación Jurídica. Si bien su tesis se centra inicialmente en la argumentación como un uso específico del lenguaje, este llega a su explicación y demostración mediante su aplicación en la esfera jurídica.

En 1958 su primera obra denominada “*The Uses of Argument*” (“Los Usos del Argumento” en español), se convertirá en el derrotero que los nuevos pensadores y iusfilósofos utilizarán como modelo para la defensa de un determinado punto de vista.

Para Toulmin, el argumento es un acto complejo que consta de varios razonamientos o juicios vinculados entre sí; por tanto, explica que son distinguibles tres elementos básicos, inalterables y comunes a cualquier caso, planteados de la siguiente forma: todo argumento está basado en Fundamentos<sup>68</sup> (F) que conducen a una Conclusión o Aseveración (C) y que para esto, se encontraran resguardados en una Garantía (G). Todo argumento simple parte de esta forma; sin embargo, debemos entender que pocos son los argumentos simples y que la mayoría son complejos; es por ello que Toulmin amplía a aún más su modelo dotándolo de más elementos. Así, establece la posibilidad de que la garantía pueda ser objetada y por tanto determina la necesidad de un Respaldo (R) que muestre en que fuente o autoridad se encuentra apoyada la misma. Igualmente señala que muchos casos requieren lo que denomina “Calificador Modal” (Q ó M), es decir, un calificador que exprese el grado de certeza con que la garantía autoriza al argumento. Finalmente, perfecciona su modelo con un elemento muy poco tomado en cuenta hasta ese entonces: todo argumento puede ser atacado en cualquiera de sus elementos, por tanto surge la necesidad de considerar las posibles debilidades que afecten al argumento y agruparlas en un solo elemento: la refutación u objeción (O). Aquí radicará la fuerza de un argumento, pues al enunciarlo en cualquier diálogo, el interlocutor que lo haya expresado ya habrá contemplado las posibles refutaciones que la parte contraria pueda emitir sobre el mismo, logrando así que su argumento se convierta en irrefutable. Toulmin, por tanto, establece al elemento refutación, como la clave del éxito de su modelo, restando con ello la sobrevaloración otorgada a la comprobación lógico-formal del argumento, tan exigida hasta ese entonces por contemporáneos suyos.

Si aplicamos el esquema de Toulmin al ámbito jurídico, tendremos que en cualquier proceso jurídico, el orden establecido por Toulmin se ajusta con precisión, ya que en una demanda, denuncia, alegato o hasta negociación, se expone una pretensión particular equivalente a la conclusión. Las razones que se exponen para llegar a la pretensión, también denominadas como fundamentos de hecho serán vistas como los fundamentos del modelo Toulmin. Las garantías sobre las que los fundamentos de hecho se apoyan, equivaldrán al

---

<sup>68</sup> En su primera obra *The Uses of Argument*, plantea como Datos (*Data* en inglés) al punto de partida de todo argumento. Posteriormente en su obra conjunta con los profesores Rieke y Janik, *An Introduction to Reasoning*, los denominará Fundamentos (*Grounds* en inglés) abarcando así un campo mayor al de la primera versión.

marco legal correspondiente o principio jurídico, denominados en la práctica común como fundamentos de derecho. Así también, el campo de respaldo de Toulmin vendrá a ser la jurisprudencia, los principios generales y casos análogos. Finalmente, las objeciones tienen que ser vistas en consideración con todos los campos anteriores. La crítica a este modelo para algunos detractores radica en la poca aplicabilidad que tendría frente a problemas complejos, sin embargo, de los estudios realizados, el modelo de Toulmin es el que mejor se adecua a la representación de los actos verbales tan propios del proceso jurídico.

### **1.4.3. El Modelo de Viehweg o Tópica Jurídica.**

Theodor Viehweg, iusfilósofo alemán nacido en Leipzig en el año 1907, es una *figura de contradicción* dentro de la argumentación jurídica. Realizó sus estudios en la Universidad de Munich, centrando su investigación en lo que denominaría el pensamiento *sistemático* del Derecho. Estudió a profundidad los textos de Klug y Von Wright, y por ende a su concepción lógica formal, orientando su pensamiento, como consecuencia de ello, a la formulación de una nueva tesis. Durante la Segunda Guerra Mundial se vio obligado a refugiarse en un pueblo cercano a Munich, donde encuentra una biblioteca de claustro intacta.<sup>69</sup> En ella, tiene un mayor contacto con las obras de Aristóteles, Cicerón, y la obra de Gian Battista Vico. Resultado de esto, fue su primera y única obra denominada *Topik und Jurisprudenz* (Tópica y Jurisprudencia), obra que desde el año 1953 marca un hito en la concepción del Derecho en la Europa continental, no sin antes haber recibido un sinnúmero de críticas y diversas opiniones acerca de su contenido.

En su obra, Viehweg rompe con las concepciones lógico-formales y busca una solución fuera de este campo, que para ese entonces tenía total dominio y preponderancia en el Derecho. Para ello, inicia con el *rescate* de una obra de Aristóteles que se encontraba olvidada. Es a partir de la *Tópica* del Estagirita, que el pensador alemán realiza sus planteamientos, no sin antes respaldarlos en dos obras clásicas más, la *Tópica* de Cicerón y el *De nostri temporis studiorum ratione* (*El carácter de los estudios de nuestro tiempo*) de Gian Battista Vico. Con estos textos como base, plantea en la introducción de su obra, el que considera *resultado* de su investigación y que resumirá en gran medida su modelo:

---

<sup>69</sup> HUGHES, Graham, *Some considerations concerning Legal Reasoning*, New York, University Press, 1969, pp. 257-269

La tónica es una técnica del pensamiento problemático, que fue desenvuelta por la retórica y que es el desarrollo de una contextura espiritual, que incluso en sus particularidades se distingue en una forma del espíritu deductivo sistemático. La tónica se encuentra en el *ius civile*, en el *mos italicus*, en la doctrina civilista actual y presumiblemente también en otras sedes. Los esfuerzos que en los tiempos modernos han sido hechos para desconectar de ella a la jurisprudencia han tenido éxito en una medida muy escasa<sup>70</sup>

Sin embargo, para entender lo dicho por Viehweg es necesario retomar las enseñanzas de los *clásicos* y analizar lo que ellos entendían por **tópicos**. Así por ejemplo, para Alejandro de Afrodisias, los tópicos representaban puntos de partida definidos *en su contorno pero no en sus particularidades*, a partir de los cuales se obtenían nuevos puntos de partida para casos concretos.<sup>71</sup> Mientras que para Cicerón, tópico era un lugar donde se fundamentaba un argumento<sup>72</sup>. De esto se obtiene que los tópicos son *lugares* comunes a todo conocimiento. De ello, Viehweg rescata la división aristotélica de los tópicos en dos: los *comunes*, es decir aceptados y reconocidos por toda materia y por ende aplicables a cualquier tema; y los *específicos*, es decir que solo son aplicables a una determinada materia o especialidad. Mediando esta clasificación, establece que en el derecho, el proceso debe ser visto con lo que denomina *pensamiento problemático*, es decir, que parta del problema para la creación de un sistema, rompiendo así con el esquema clásico del derecho o lo que denominó *pensamiento sistemático*, es decir, que el sistema legal preestablecido sea el que escoja una solución aleatoria del problema. Plantea así mismo, que la jurisprudencia desde el inicio de los tiempos, ha tenido una aporía o problema fundamental: la justicia, la cual, como problema máximo, debe ser solucionado bajo cualquier concepto y no solo con la conformación de la misma según un determinado sistema.

Para la resolución en base a un pensamiento problemático, Viehweg plantea al proceso jurídico como un esquema de preguntas y respuestas, donde los problemas del caso serán vistos como preguntas y los tópicos o lugares comunes como respuestas. Según esta

---

<sup>70</sup> VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Pamplona, Thomson Civitas, 2007, p. 28

<sup>71</sup> Cfr. ALEJANDRO DE AFRODISIAS, *In Topos*, 126, 14-26: citado por BARBIERI, Javier, *De los tópicos a las sentencias*, en *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación*, Universidad de Santiago de Compostela, año 2004, p.148

<sup>72</sup> Cfr. CICERON, *Tópicos*, II, 6, citado por BARBIERI, Javier, *Ob. Cit.*, p. 149

clasificación se obtendrán dos casos: aquellos en los que existan más preguntas que respuestas y aquellos en los que existan más respuestas que preguntas. He aquí que se da un *juego dialéctico de oposiciones y contrarios* como denomina Barbieri<sup>73</sup>, ya que en el caso de existir más preguntas que respuestas, se plantea la necesidad de trabajar sobre los tópicos cuestionados y establecer en los mismos el límite del problema, mientras que en el caso de existir más respuestas que cuestiones, los tópicos son vistos como soluciones inobjetables, absolutas, sobre las cuales no se podrá llevar a cabo el juicio y lo cual acercará más a la solución del problema. El análisis tópico previo de un problema jurídico representará por tanto, una herramienta indispensable para la creación de un discurso efectivo.

Autores como Atienza, consideran que si bien la noción de tópico no se encuentra del todo clara en la doctrina de Viehweg, éste plantea en su doctrina al derecho no como un *ars iudicandi*, es decir del paso de premisa a conclusión como objetivo del juicio, sino como un *ars inveniendi*, es decir como un análisis correcto del problema con el fin de hallar premisas ciertas para el juzgamiento.<sup>74</sup>

Viehweg, con su modelo, muestra de una forma más palpable al *iusnaturalismo* en nuestro tiempo, condena al *iuspositivismo* por el sinnúmero de problemas valorativos e interpretativos que la aplicación sistemática lógico-legal entraña y establece al estudio del problema como punto de partida para la creación de un sistema que dé solución. Para ello toma como referencia a lo realizado por los juristas romanos, quienes, desprovistos de una sistema legal positivo único, aplicaron al derecho en su real magnitud. El establecer lugares comunes a la esfera jurídica y que como Eduardo García de Enterría expone, son los principios generales de derecho para una solución del problema<sup>75</sup>, marca una desconexión con el exagerado positivismo jurídico que se manejó durante el S. XX, de ahí que existan autores que lo denominen como “*un constitucionalista adelantado a su tiempo*”<sup>76</sup>. Sin

---

<sup>73</sup> BARBIERI, Javier, *Ob. Cit.*, p. 164

<sup>74</sup> ATIENZA, Manuel, *Ob. Cit.*, pp. 183 y 184

<sup>75</sup> García de Enterría, realiza un prólogo magnífico a la versión española de la Obra de Viehweg, en ella, rescata el valor del estudio del pensador alemán y lo asocia plenamente a la presencia del *iusnaturalismo* en el S.XX. Cfr. VIEHWEG, Theodor, *Ob. Cit.*, pp.11-22

<sup>76</sup> ROESLER, Claudia Rosane, *Theodor Viehweg: un constitucionalista adelantado a su tiempo*, referencia: 10 de diciembre de 2012, artículo en PDF, disponible en World Wide Web: [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com)

embargo, su doctrina, al desconectarse totalmente con el “desarrollo” del derecho en los últimos siglos, sigue siendo aún muy criticada.

## CAPÍTULO II

### 2. LA CONCEPCIÓN PRAGMÁTICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

#### 2.1. Análisis y Desarrollo Histórico

El lenguaje marca un hito en el desarrollo del derecho, tan es así que su evolución desempeña un papel importantísimo en la *cuasi novel* teoría de la argumentación jurídica. Como observamos anteriormente desde la concepción clásica hasta la pragmática, es el uso del lenguaje el que determina la orientación que cada concepción adoptó en su tiempo. Como no es de extrañar, la afectación que sufrió el derecho, al igual que otras ciencias a partir de la segunda mitad del siglo XX, tuvo una especial repercusión en ciencias conexas a él. La filosofía, la psicología, la sociología y de manera especial el derecho, al tener una vinculación directa con el lenguaje y por ende con la lingüística, tuvieron cambios en sus doctrinas. Este hecho, al que varios autores denominan *giro lingüístico*,<sup>77</sup> *revolución lingüística*<sup>78</sup> o *cambio de marcha lingüístico filosófica*, determinó un avance considerable para la teoría de la argumentación jurídica. Es aquí donde caben dos preguntas necesarias para entender y avanzar en nuestro estudio: *¿qué es pragmática?*; y, *¿cuál es su influencia en la teoría de la argumentación jurídica?*

##### 2.1.1. Pragmática: Definición y Desarrollo

El diccionario de la RAE define a la pragmática como la “*disciplina que estudia el lenguaje en su relación con los usuarios y las circunstancias de la comunicación*”<sup>79</sup>. Esta definición encaja con la proporcionada por otros doctrinarios afines al estudio como Verschueren, quien la define como el estudio del uso del lenguaje, adelantándose a establecer que la pragmática es la conexión entre lenguaje y ser humano así como entre

---

<sup>77</sup> ATIENZA, Manuel. Ob. Cit., p. 247

<sup>78</sup> GRUPO EDITORIAL OCÉANO, *Enciclopedia Autodidáctica Océano*, Barcelona, Océano, 1992, p.7

<sup>79</sup> Real Academia Española, *Ob. Cit.*

lingüística y humanidades.<sup>80</sup> Por su parte, para la lingüista Graciella Reyes<sup>81</sup>, la pragmática es parte de lo que denomina como las *tres dimensiones del lenguaje*: la sintaxis, o estudio de la combinación de palabras; la semántica, o estudio de los significados lingüísticos; y, la pragmática, la cual, coincidiendo con el propio Verschueren, es el estudio del uso del lenguaje. Es precisamente esta dimensión la que, a criterio de varios estudiosos, engloba a las dos anteriores ya que toma al lenguaje como una actividad compleja y no como un simple código o vehículo ontológico. Sin embargo, ¿de qué forma se llegó al establecimiento de la pragmática como centro de la reflexión científico- filosófica? y sobre todo ¿de qué forma esta disciplina influyó en ciencias conexas como el derecho?

La lingüística en la cultura occidental ha tenido una especial relación con las teorías científicas dominantes, tan es así que éstas han sido la base indiscutible para los estudios lingüísticos. La relación que ha tenido la lingüística con los conocimientos y doctrinas de las ciencias conexas a ella –entendidas como todas aquellas en las que el lenguaje juega un papel primordial y cuyos sistemas pedagógicos se basan en el uso del mismo- resulta innegable. Por ejemplo, parte del estudio que hace la lingüística de la antigüedad greco latina se enfoca en *paralelismo lógico-gramatical*, hito del desarrollo de la ciencia jurídica tal como se explicó anteriormente. De igual manera, es indiscutible la influencia que tuvo la lingüística y el estudio propio del lenguaje en la enseñanza escolástica de las disciplinas que componían el *trivium* medieval, integrado por lógica, gramática y retórica, tres de las siete artes liberales. Sin embargo, no es sino hasta finales del S. XIX e inicios del S. XX que el lenguaje y con él, la lingüística, adquieren una mayor preponderancia en el desarrollo de las ciencias. Precisamente es en este tiempo que la base teórica general de las ciencias de la época se convierten en el objeto de la investigación lingüística, enfocando su estudio en la necesidad de predicción que tiene toda ciencia, así como en la búsqueda de sus leyes generales. Se deja de lado el estudio histórico comparativo de la lengua y se acepta al lenguaje -específica facultad humana para poder expresar y comunicar su pensamiento- como un objeto de la naturaleza, por ello susceptible de evolución y cambios, y que, para cuyo estudio se debe coordinar con otras ciencias.

---

<sup>80</sup> Cfr. VERSCHUEREN, Jef, *Para entender la pragmática*, Madrid, Gredos, 2002, pp. 33-47

<sup>81</sup> REYES, Graciella, *La Pragmática Lingüística. El estudio del uso del lenguaje.*, Madrid, Montesinos, 1994, p. 22

Es la aceptación de esta *universalidad* lingüística la que permite casi a mediados del S.XX, lo que se denomina como *giro lingüístico*, al establecer el uso del lenguaje y su vinculación con las ciencias conexas a él, como punto de partida para las nuevas doctrinas de dichas ciencias. Estudiosos, tratadistas, filósofos y iusfilósofos como Wittgenstein, Austin, Searle, Habermas, Toulmin y de manera especial Perelman, realizan sus estudios y aportes sobre esta base, construyendo lo que se denominaría, tiempo después, como concepción pragmática de la argumentación jurídica.

### **2.1.2. Pragmática y Derecho**

El eslabón sobre el que recae la influencia de la pragmática en la ciencia jurídica se manifiesta en una analogía realizada por Atienza, al explicar que, así como en la lingüística la oración deja de ser el centro del estudio para dar paso al acto lingüístico en sí, en el derecho la norma, equivalente a la oración en la lingüística pierde preponderancia, dando paso al derecho como *una actividad compleja basada en la justificación y su posterior toma de decisión* como el centro de su estudio.<sup>82</sup>

Vale decir que, a diferencia de los que muchos apresuradamente considerarían, no se trata de una concepción *reduccionista*, pues, si bien el enfoque pragmático desplaza a la norma como centro de estudio, la termina ubicando junto a los demás componentes del ordenamiento jurídico -fuentes, principios generales, enunciados y validez jurídica- como acto previo y condición sin la cual, la justificación y toma de decisión se pueden llevar a cabo. Por tanto no se trata de reducir sino de reformular el objeto de estudio del Derecho.

Es por ello que consideramos que la concepción pragmática se convierte en el punto más alto de la evolución del pensamiento jurídico actual, al descansar sobre tres pilares: a) *El protagonismo e importancia de los actores en el proceso jurídico*: tema ampliamente desarrollado por Chaim Perelman en su obra “La Nueva Retórica” y sobre la cual basaremos nuestra explicación; b) *Las herramientas con las que trabaja la concepción pragmática*: es decir dialéctica y retórica: su inseparabilidad y su vinculación con la argumentación jurídica; y, c) *Su fin y objetivos*: la puesta en marcha de las herramientas

---

<sup>82</sup> ATIENZA, Manuel, Ob. Cit., pp. 248

antes explicadas y sus consiguientes efectos, persuasión y convicción, enfocados a la composición del conflicto jurídico.

## 2.2. La Nueva Retórica Jurídica: Planteamientos Conceptuales

Chaim Perelman, natural de Varsovia, realizó sus estudios de Derecho en la Universidad de Bruselas, en la cual se graduó para posteriormente ejercer la cátedra universitaria. Orientó sus primeros estudios al análisis de los juicios de valor en el campo de la lógica de primer orden o lógica proposicional, desarrollada a profundidad por el alemán Gottlob Frege<sup>83</sup>. Ésta primera experiencia es la que determinaría el pensamiento de Perelman: los juicios de valor no se pueden fundamentar mediante observaciones empíricas como tampoco a través de la evidencia o intuicionismo, por tanto, rompe con ambas doctrinas consideradas como únicas vías en su época y establece la de otros caminos hacia una argumentación racional factible. Es bajo esta consigna que en su primera obra, “*Le nouvelle rhétorique. Traité de l’argumentation*” (“La nueva retórica. Tratado de la argumentación”), Perelman expone un modelo en el cual, prescindiendo del criterio lógico de validez formal, cualquier argumentador podrá convencer a otros de sus opiniones y por ende producir la adhesión de éstos a sus argumentos. Para ello muestra una serie de elementos a partir de los cuales, el creador del discurso podrá valerse para obtener un mejor conocimiento del tema y producir así argumentos que le permitan llegar a ese fin.

La importancia de los actores que intervienen en el proceso jurídico es trascendental, ya que de su correcto estudio y observación, depende la efectividad del discurso; de ahí que la obra de Perelman tenga una valor capital en el desarrollo del tema, pues existen puntos sobre los que nadie antes de él trabajó, y sobre los cuales, a partir de su identificación y explicación, se desarrollaron obras que profundizaron su estudio<sup>84</sup>.

Así, para iniciar nuestro análisis diremos que de la obra de Perelman se distinguen tres aristas, a las que consideraremos como sus *elementos*: a) El auditorio o audiencia; b) Los puntos de partida argumentativos; y c) Los esquemas de argumentación.

---

<sup>83</sup> ALEXY, Robert, ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p.156

<sup>84</sup> Claros ejemplos son las obras de Aarnio, Alexy o Mortara Garavelli.

### 2.2.1. El auditorio

Perelman plantea como inicio de su estudio al *sujeto* sobre quien se desea influir, definiendo de esta forma al auditorio. A diferencia de lo que se había dicho hasta ese entonces, Perelman establece que el auditorio se clasifica en cuatro tipos, los cuales se vinculan entre sí y que por lo tanto, el proponente debe tener siempre en cuenta si desea obtener éxito. Vale anotar que Perelman es uno de los primeros en instaurar *convicción* y *persuasión* en conjunto, como objetivos a alcanzar mediante el correcto uso de la argumentación en el discurso.

- ***El auditorio personal o la deliberación con uno mismo:*** Cuando Perelman se refiere al auditorio personal como primera forma, retoma las enseñanzas platónicas del *dialogo con el alma*, considerando que el primer paso se encuentra en la introspección y el autoanálisis de los argumentos que se van a proponer, de tal forma que dicho diálogo se manifieste como un desdoblamiento de la persona en sus ideas y su conciencia. Así, la verdad inicia desde el interior y si se tiene conocimiento y convencimiento de lo que se expondrá, el proponente tendrá confianza en lo que hace y por ende habrá superado el primer *tamiz*.

- ***El auditorio privado:*** En esta distinción, la dialéctica cobra un papel trascendental. Este segundo tipo conexo de auditorio, se encuentra en la persona con quien se mantiene el diálogo, es decir el interlocutor. Se recurre a la antigua figura de la *disputatio* medieval para manifestar la importancia de la refutación de los argumentos, así como de la atención y observación de los argumentos de la parte contraria como punto a estudiar en la preparación del discurso. Esta previa observación determinará la elaboración y selección de los argumentos más idóneos a ser utilizados en la actividad dialéctica que se mantendrá con la contraparte. En el caso específico del derecho, se establece que este segundo tipo de auditorio, corresponde a la parte con quien se mantiene la disputa, es decir la contraparte.  
Traducción

- ***El auditorio particular:*** Se establece como auditorio particular a todos aquellos sujetos que tengan vinculación con el punto sobre el que versa la

disputa o que tengan un interés directo en el tema de la discusión. En el caso del derecho, se instituye que la audiencia particular la conforma toda la esfera jurídica, es decir todos los profesionales del derecho –entiéndase en este grupo a fiscales, jueces, peritos, abogados y partes procesales en general- además de particulares que tengan una vinculación directa con la causa que se discute, se expone o se justifica. La característica principal de los auditorios particulares es que tanto la tesis como las premisas que se expondrán ante el mismo, no serán acogidas y compartidas por todos los oyentes, sino únicamente por algunos de ellos, por tanto el objetivo es buscar la persuasión de la mayoría, conociendo previamente esta división de las preferencias del auditorio.

- ***El auditorio universal:*** Este quizás ha sido uno de los puntos más controvertidos de la obra de Perelman, ya que el autor establece como auditorio universal, al punto más alto al que cualquier proponente debe aspirar. El auditorio universal de Perelman es una utopía universalista ya que, a diferencia de los anteriores, no se plantea un auditorio concreto hacia quien será dirigido el discurso sino que se habla de una construcción ideal, en la que sus premisas y conclusiones resultan válidas para todo ser humano *racional, adulto y competente*.<sup>85</sup> La idea de auditorio universal cobra así un papel importante en el modelo de Perelman ya que ésta se plantea como el máximo objetivo al que el interlocutor debe intentar llegar con su mensaje, pues la misma es concebida como todas las personas racionales frente a un caso particular; por tanto, este auditorio es la garantía de la aceptación de una tesis válida para toda la humanidad racional. En el caso del derecho, nos encontramos hablando de un punto del que varios juristas han negado su influjo en la esfera jurídica: la opinión pública. Desde la segunda mitad del S. XX la opinión pública en el derecho se ha considerado como un punto de fuga, especialmente en lo que a convicción y persuasión se refiere, de tal forma que un sinnúmero de casos ha sido determinante en el juzgamiento de distintas causas sometidas al ordenamiento jurídico formal. Es fácil hallar varios ejemplos de cómo la opinión pública termina siendo el último juez de causas que ya han pasado previamente por el ámbito

---

<sup>85</sup> POSADA GÓMEZ, Pedro, *Argumentación, Teoría y Práctica*, Cali, Universidad del Valle Programa Editorial, 2010, p.30

jurídico; es por ello que a nuestro criterio la teoría de Perelman no resulta del todo descabellada, ya que, al elaborar un discurso sometido al auditorio universal y con ello a la opinión pública como último tamiz, se estarían observando todas las alternativas posibles bajo las cuales un argumento puede ser considerado refutable.

### 2.2.2. Los puntos de partida o premisas relativas de la argumentación

Como es conocido, un argumento siempre se compondrá de premisas y conclusión. Desde los inicios de la teoría de argumentación y más específicamente, en el enfoque lógico, este fue el objeto principal de estudio: la forma del argumento. Precisamente, no es de extrañar que este punto en el estudio de Perelman, toda vez que se tiene al estudio de la lógica de primer orden, como antecedente inmediato en la profundización académica perelmaniana. El estudio de estas nuevas formas argumentales, deja de lado los criterios lógico-formales y se enfoca en la necesidad de establecer ciertos puntos de partida que sean comunes a la mayoría de tipos de auditorio, a fin de que su construcción considere estas preferencias para su presentación, asimilación y aceptación. Es en base a lo dicho que se distingue dos categorías: **a) los puntos de partida referentes a lo real o premisas relativas a lo real**, es decir que versan sobre hechos, verdades y presunciones aceptadas como verdaderas y cuyo conocimiento es relativo a toda la audiencia; y, **b) los puntos de partida relacionados a lo preferible o premisas relativas a lo preferible**, en las que se establece a los valores, jerarquía de valores y lugares comunes de lo preferible o tópicos-loci como preferencia comunes de la audiencia.

A lo dicho, vale añadir una consideración especialísima que Perelman hace sobre estos puntos de partida y que tiene una importante influencia en el ámbito jurídico: la supresión del error o también llamada *petición de principio* (*petitio principii* en latín). La misma consiste en la errada suposición que tiene el proponente de tener por aceptadas, premisas que en realidad el auditorio desconoce o simplemente no acepta.<sup>86</sup> Radica en esta consideración, uno de los errores más comunes en la argumentación jurídica, dado que muchas veces, el abogado da por aceptados y conocidos varios argumentos, ya sea en la defensa o en la acusación. Es esta errónea percepción por parte del jurista, la que permite

---

<sup>86</sup> PERELMAN, Chaim, *Ob. Cit.*, pp.186 y 187

que surjan dudas, tanto en el auditorio particular como en el auditorio universal, que terminan afectando a la fuerza de sus argumentos. De ahí que su consideración previa en todo proceso judicial, suponga un primer *filtro* destinado a subsanar todo argumento que carezca de un soporte.

### 2.2.2.1. De las premisas relativas a lo real

Como refiere Posada Gómez<sup>87</sup>, el término *real* precisa una aclaración ya que a su criterio, dicho concepto corresponde a la pragmática, de ahí que determine que la aceptación del mismo responde de diferente forma en cada cultura, lenguaje y escala de valores. Sin embargo, el concepto de auditorio universal permite establecer a lo real bajo tres condiciones, o tres tipos de premisas: los hechos, las verdades y las presunciones (estas últimas aceptadas como verdaderas y por ende conocidas por todos los intervinientes); teniendo así:

- **Hechos:** La mejor definición de esta premisa la aporta Posada al distinguirlos de las verdades, como *acciones de carácter singular; eventos concretos, históricos, remarcables y determinables*<sup>88</sup>. Precisamente, es a partir de los hechos que se tiene por aceptada una premisa por el auditorio ya que estos han sucedido en un tiempo y espacio determinados, y por ende pueden ser percibidos y recordados efectivamente por todos. Como sucede generalmente en el derecho, los hechos pueden ser puestos en duda y empiezan a servir como premisas; sin embargo, quien trate de reivindicar un hecho tendrá que fundamentarlo como conclusión a partir de premisas aceptadas, es decir de otros hechos.

- **Verdades:** Para ubicar a las premisas referentes a las verdades es necesario explicar que éstas deben ser observadas, concebidas y aceptadas según su marco explicativo. No es extraño que muchos autores fijen al origen de las verdades como un debate gnoseológico<sup>89</sup>. En virtud de ello, y enfocándonos un tanto más en

---

<sup>87</sup> POSADA GÓMEZ, Pedro, *Ob. Cit*, p. 37

<sup>88</sup> *Ibíd.*, p. 37 y 38

<sup>89</sup> Precisamente, al inicio de nuestro estudio se puede observar el desarrollo paralelo de la trayectoria que tuvo la aceptación de verdades gracias al debate desde la antigüedad platónico– aristotélica hasta la pormenorización kantiana tanto de dialéctica como de retórica

el criterio racionalista científico cartesiano, diremos que las verdades y los criterios de verdad se establecen y se perfeccionan científicamente para ser analizados, con posterioridad, sistemáticamente, por la ciencia sobre la que discurre el tema. En derecho podemos considerar que las verdades serán aceptadas como tales una vez que hayan pasado este proceso de sistematización, sea consuetudinariamente, científicamente –ya sea por la doctrina o peritos certificados- o por la aplicación de casos análogos, es decir de la jurisprudencia.

- **Presunciones:** Para la consideración de las presunciones el tiempo, las reglas y la regularidad son criterios indispensables. La misma teoría general del derecho establece a las presunciones como predicciones con un alto grado de aceptabilidad. No en vano para Posada este grado de aceptabilidad se basa en una validez otorgada por la confianza que se da a la regularidad, así como por la calidad que se otorga al sujeto sobre el que se aplica, además de la confiabilidad que tiene la regla sobre la que recae.<sup>90</sup> Así, la presunción es una predicción del futuro basada en la regularidad de un acto y que ha sido definida por una regla.

#### 2.2.2.2. De las premisas relativas a lo preferible:

Cuando nos referimos a este tipo de premisas, el análisis de la cuestión de todo aquello que el auditorio juzga o determina como bueno, relativo a la denominada escala social de valores, resulta indispensable. Es por ello, que se consideran tres tipos de premisas: valores, jerarquía de valores y los lugares comunes a lo preferible o *loci*, directamente relacionados con los tópicos.

- **Valores:** El caso de los valores merece un trato muy particular ya que éstos responden al juzgamiento y preferencias del auditorio particular. Es importante decir que el proponente debe tener un especial cuidado con la petición de principio en este caso, ya que los valores que él estime como aceptados para sí mismo, no serán los mismos que el auditorio particular considere como tales. En el caso del derecho, los valores tienen un tipo de aceptación que, por la universalidad

---

<sup>90</sup> POSADA GÓMEZ, *Ob. Cit.*, 41

manifestada por el legislador, pareciese se dirigieran a un auditorio universal. Sin embargo, hay que considerar que los valores de la sociedad muchas veces distan de los valores jurídicos, por cuanto la escala de valores de una sociedad determina el juzgamiento de ciertas normas.

- ***Jerarquías de valor:*** Una vez conocida la *escala* en la que se considera un valor así como su influencia en el auditorio, se debe tener en cuenta que en el caso de las jerarquías, la subordinación de un valor a otro juega un papel trascendental. La jerarquía de valores en el caso del derecho no ha sido ajena al desarrollo doctrinario del mismo, ya que nuevas teorías establecidas por juristas afines a la teoría de argumentación jurídica, se basan en criterios tales como la ponderación o la racionalidad para la aplicación de normas, principios y valores, a fin de construir argumentos idóneos en la esfera jurídica.<sup>91</sup>

- ***Lugares comunes a lo preferible:*** Al tratar los lugares comunes a lo preferible, resulta indispensable remitirnos a la doctrina de Viehweg y su modelo tópico, donde los *topoi o loci*, son los lugares comunes desde lo que parte el abogado, toda vez que los mismos aluden a circunstancias comunes a todo auditorio. No es de extrañar que Perelman otorgue una importancia singular a un tema que fue previamente tratado y que causó varias discusiones en el ámbito jurídico de la Europa Noroccidental de mediados de siglo. Al igual que el alemán Viehweg y como posteriormente manifestaría el español García de Enterría, los principios generales del derecho, son plenamente identificados con el papel de tópicos en la jurisprudencia, ya que al existir consenso acerca de los mismos en toda la doctrina jurídica, se convierten en puntos de partida desde los cuales se puede iniciar todo tipo de argumentación jurídica.

---

<sup>91</sup> El mejor ejemplo que se puede dar al respecto, se encuentra en el iusfilosofo alemán, Robert Alexy, quien en su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*, analiza bajo la mirada de la teoría de la argumentación jurídica, figuras como la ponderación y racionalidad entre derechos fundamentales. Otros autores como el mexicano Miguel Carbonell, han desarrollado sus obras basados en el análisis jurídico aportado por Alexy, Aarnio o el mismo Perelman.

### 2.2.3. Esquemas de argumentación

Al igual que en los puntos de partida, se establece la necesidad de clasificar la argumentación en dos clases: **argumentación por asociación** dividida a su vez en tres tipos de relaciones: a) cuasi lógicas, b) basadas en la estructura de la realidad; y, c) las que establecen la estructura de la realidad; y, **argumentación por disociación**, distinguiéndose conceptualmente entre parte y totalidad, para diferenciar si un argumento puede ser parte o la totalidad de la argumentación final.

#### 2.2.3.1. De la argumentación por asociación

En este caso, el proponente trata de establecer una relación o vinculación entre elementos que el auditorio considera como independientes. En base a ellos, Perelman habla de tres tipos de relaciones:

- **Relaciones cuasi lógicas:** En ellas se crea la *impresión* de una argumentación que no es sino una opinión, de ahí que se hable de cuasi, pues no se trata de premisa y conclusión sino de premisa y *opinión*. Así la argumentación es lógica *en apariencia*. Así varios autores ponen como ejemplo de este tipo de relaciones a las que se establecen a través de la incompatibilidad o de la identidad del sujeto u objeto causa del conflicto, como formas especiales de relaciones cuasi lógicas ya que se tratan de relaciones entre todo y parte.
- **Relaciones basadas en la estructura de la realidad:** En este caso, el proponente trata de vincular la tesis con las opiniones que tiene la audiencia de la realidad. Este tipo de argumentación se basa en relaciones secuenciales. Sus mejores ejemplos son la argumentación pragmática, la de causa y efecto y la de fines y medios. Igualmente la relación de coexistencia entre dos elementos de la realidad como la persona y sus acciones es propia de este tipo de relación.
- **Relaciones que establecen la estructura de la realidad:** En este tipo de argumentación, el proponente toma un ejemplo como base para ilustrar una premisa. La analogía es el principal método de este tipo de argumentación.

### 2.2.3.2. De la argumentación por disociación

En el caso de la argumentación por disociación, el proponente procura modificar el pensamiento del auditorio respecto a una figura o elemento que el auditorio considera como una entidad única o indivisible. Así, se busca hacer distinciones conceptuales entre conceptos y aspectos que integran parte de ese concepto y que se presentaban al auditorio como una totalidad. Igualmente, se busca distinguir y dividir la apariencia de la realidad de un elemento. Para lograr esta disociación, el proponente se valdrá de ciertos puntos de partida aceptados por la audiencia, a fin de lograr la aprobación de la nueva figura.

### 2.2.4. Clasificación de argumentos

Los esquemas de argumentación antes explicados, se complementan con la clasificación de argumentos ejecutada por el profesor Genovés Giovanni Tarello. Esta clasificación creada por Tarello y utilizada por Perelman se establece como un aporte sustancial a la teoría de la argumentación actual. Giovanni Tarello, jurista y filósofo genovés, mientras desarrolló sus estudios en la Universidad de Génova, profundizó de una manera particular los temas del realismo jurídico y la interpretación de las leyes. Junto con Bobbio, Scarpelli y Giovanni Conte es uno de los mayores exponentes de la filosofía analítica del derecho y representante especial del análisis filosófico del lenguaje jurídico<sup>92</sup>. Es gracias al aporte de Tarello, que Perelman, en una obra posterior denominada *Justice, Law and Argument* dedicada únicamente al pensamiento jurídico, completa su estudio acerca de los esquemas argumentativos y determina las principales formas de argumento que se utilizan en el proceso jurídico, estableciendo las siguientes clases<sup>93</sup>:

- ***Argumentum a contrario***: Toda norma particular siendo aplicable a una categoría específica de personas u objetos, no es aplicable a elementos ajenos a esta categoría específica. (V.gr. *Código Penal Artículo. 40.- Las personas que no hayan cumplido los 18 años de edad, estarán sujetas al Código de la Niñez y Adolescencia*)

---

<sup>92</sup> FERRER BELTRAN, Jordi, *Introducción al Realismo Jurídico Genovés*, disponible en World wide web: [http://www.filosofiyderecho.es/pdfs/introduccion\\_realismo\\_juridico\\_genoves.pdf](http://www.filosofiyderecho.es/pdfs/introduccion_realismo_juridico_genoves.pdf)

<sup>93</sup> FETERIS, Eveline, *Ob.Cit.*, pp. 98-100

- **Argumentum a simili:** Una norma particular de una categoría específica se puede aplicar a elementos que sean similares en aspectos relevantes a dicha categoría. (V.gr. Código Penal Artículo 73.- *Si hay dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante no constitutiva o modificatoria de infracción, las penas correccionales de prisión y multa serán reducida*)

- **Argumentum a fortiori:** Si se ha actuado de acuerdo a una norma específica en un caso leve, se debe actuar de la misma forma y hasta en forma más enérgica de ser necesario, ante un caso más fuerte. (V.gr. Código Penal Artículo 13.- *Si el acontecimiento, que no estuvo en la intención del autor, se realiza como consecuencia de la suma de una o más de estas causas con el acto punible, el reo responderá de delito preterintencional.*)

- **Argumentum a completudine:** Se asume que todo ordenamiento jurídico es completo, por tanto en ausencia de una norma jurídica particular se aplicarán normas generales. (V.gr. Código Tributario Artículo 310.- *Las disposiciones de este Código se aplicarán a todas las infracciones tributarias. Las normas y principios del derecho penal común, regirán supletoriamente y sólo a falta de disposición tributaria expresa.*)

- **Argumentum a coherentia:** Los conflictos normativos se solucionan mediando normas de preferencia. (V.gr. Código Tributario Artículo 13.- *Cuando una misma ley tributaria contenga disposiciones contradictorias, primará la que más se conforme con los principios básicos de la tributación.*)

- **Argumento psicológico:** Recurre a la voluntad del legislador. (V.gr. Código Civil Artículo 19.- *Cuando haya falta u oscuridad de ley, los jueces, sin perjuicio de juzgar, consultarán a la Legislatura por medio de la Corte Suprema, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran.*)

- **Argumentum histórico:** Se basa en el supuesto de continuidad en base a las normas establecidas por el legislador. (V.gr. Código Tributario Artículo 311.- *Las normas tributarias punitivas, sólo regirán para el futuro. Sin embargo, tendrán efecto retroactivo las que supriman infracciones o establezcan sanciones*

*más benignas o términos de prescripción más breves, y se aplicarán aun cuando hubiere sentencia condenatoria no ejecutada ni cumplida en su totalidad, conforme a las reglas del derecho penal común.)*

- **Argumento apagógico o reductio ad absurdum:** Recurre a la voluntad del legislador y su racionalidad para rechazar interpretaciones que tuvieran consecuencias ilógicas o injustas. (V.gr. *Código Penal Artículo 32.- Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la Ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia.*)

- **Argumento teleológico:** Toma en cuenta la razón y el objetivo para los que fue expedida la norma. Las consideraciones implícitas trascienden en este tipo de argumento. (V.gr. *Código Tributario Artículo 17.- Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados.*)

- **Argumento económico:** Se basa en el principio de no redundancia, es decir la no aplicación de dos normas sobre el mismo tema, teniendo preferencia la más específica o favorable. (V.gr. *Código Penal Artículo. 9.- Cuando dos disposiciones penales estén en oposición, prevalecerá la especial.*)

- **Argumentum ab exemplo:** Se aplicará la norma conforme a lo establecido en precedentes, jurisprudencia o doctrina, para un caso similar. (V.gr. *Constitución del Ecuador Artículo 11 numeral ° 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.*)

- **Argumento sistemático:** Recurre a la interpretación normativa según su contexto en el ordenamiento jurídico. (V.gr. *Constitución del Ecuador Artículo 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener*

*conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.)*

### 2.3. Inseparabilidad de Dialéctica, Retórica y Argumentación

La concepción pragmática trabaja con dos disciplinas de una tradición muy antigua como lo hemos anotado anteriormente. Tanto retórica como dialéctica, tal como lo hemos reflejado en nuestro estudio, tienen una especial vinculación con la lógica jurídica y con la argumentación jurídica. Redundaríamos al indicar la capital importancia de las mismas en el discurso jurídico argumentativo. Sin embargo, ¿de qué forma intervienen estas disciplinas en el derecho, en qué se diferencian y cuál es su relación para que se hable de *inseparabilidad*<sup>94</sup>?

#### 2.3.1. Dialéctica y Derecho

Hoy en día, hallar textos que versen sobre el tema, sean estos clásicos o contemporáneos, es una tarea complicada. La mayor parte de ocasiones, encontraremos que varios autores anteriores o posteriores a la teoría de la argumentación jurídica, refieren a la dialéctica como parte de la lógica<sup>95</sup> o simplemente como una disciplina totalmente ajena al derecho. A criterio de Bandieri, esto acontece por la limitación que se ha dado a la dialéctica, pues su errónea concepción como una forma dialogal, supedita totalmente su carácter dialógico a una simple característica derivada.<sup>96</sup> Como lo hemos dicho con anterioridad, el desconocimiento y el pensamiento sistemático en extremo legalista de las últimas décadas se establecen como causas primeras de este hecho.

Precisamente, al contrario de lo que se ha preconcebido, la dialéctica coincide tanto con argumentación como con derecho, al ser una actividades social, ya que los actos de lenguaje que se emplean en estas esferas, no son momentos diferentes o fases distintas

---

<sup>94</sup> Inseparabilidad: El Diccionario de la RAE lo define como *Cualidad de inseparable*. Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Ob. Cit.*

<sup>95</sup> Véase ROVIRA FLORES DE QUIÑONEZ, María, *De la retórica antigua a la argumentación contemporánea*, en *La Argumentación Jurídica: Problemas de Concepto, Método y Aplicación*, Universidade Santiago de Compostela, 2004, pp.230-234

<sup>96</sup> BANDIERI, Luis, *Ob. Cit.*, pp.20 y 21

sino que se trata de un todo al que denominaríamos proceso: *el proceso judicial, el proceso argumentativo y el proceso dialéctico*. Ciertamente es este último el *momento* durante el cual los argumentos se revelan a las parte intervinientes. La trascendencia de los argumentos en este proceso está enfatizada en el fin y el efecto que determinan los distintos tipos de diálogo, de ahí que se considere a los argumentos como herramientas indispensables en el ejercicio dialéctico, toda vez que este ejercicio es una vía para un logro superior: la composición de un conflicto jurídico.

Al igual que en el proceso judicial, el proceso dialógico y el proceso argumentativo como tal, se rigen por reglas de procedimiento. De estas reglas y su análisis, podemos distinguir similitudes importantes con el derecho y su teoría general, ya que al igual que en el ámbito jurídico, la dialéctica posee tanto reglas de inferencia como reglas metodológicas a fin de poder discernir la premisa correcta a utilizar. Es interesante anotar que las fuentes, la validez, la explicación y la reglas de interpretación, al igual que sucede con las normas en los sistemas jurídicos, son condiciones que determinan la idoneidad de las premisas en el proceso dialéctico; de ahí que varios doctrinarios asuman que dialéctica y derecho fundan su conexión en la aplicación de la analogía *premisa- norma*.

### **2.3.2. Fases del Proceso Dialéctico**

Frans Van Eemeren y Robert Grootendorst, estudiosos europeos y principales representantes de la concepción pragmática de la argumentación jurídica, son los que tratan con mayor claridad el tema de la dialéctica en el derecho y lo establecen como una discusión crítica que consta de cuatro fases o estadios<sup>97</sup>: *a) confrontación; b) apertura; c) argumentación y d) conclusión*. En esta división, se puede notar una inspiración aristotélica tan propia de la retórica y cuya similitud con el proceso retórico, resulta evidente. Así podemos evidenciar su primera relación directa con la retórica.

- **Confrontación:** Como primera parte del proceso tenemos a la confrontación En esta fase el proponente o usuario, avanza y trabaja sobre un punto en el que se ha proyectado. En este punto podemos observar claramente, cómo se

---

<sup>97</sup> VAN EEMEREN, Frans y GROOTENDORST, Robert, *A systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*, Cambridge University Press, 2004.

rescata la enseñanza de Heráclito de Éfeso, de que a partir de las discrepancias, en este caso producidas por la duda, se genera el diálogo.

- **Apertura:** La segunda fase se basa en la apertura, es decir cuando existe la decisión de abordar la discusión se establecerá el *tipo de diálogo* a desenvolver y por tanto se lo desarrollará siguiendo una serie de reglas procedimentales.

- **Argumentación:** La argumentación, fundamentada en la presentación y evaluación de argumentos y contraargumentos en el diálogo presentados por las partes, es el tercer *estadio*.

- **Conclusión:** Finalmente una vez que se ha alcanzado el objetivo por el que se inició el diálogo, la exposición o la demostración, o ya sea porque las partes han llegado al acuerdo de finalizar la discusión, estaremos frente a la cuarta y última fase denominada conclusión.

### 2.3.3. Tipos de Diálogo

La importancia de determinar los tipos de diálogo, se establece en la segunda fase o apertura. Sobre este tema Walton<sup>98</sup> llegó a determinar ocho tipos de diálogo orientados, según la situación inicial de los participantes, el método utilizado y el fin perseguido, definiéndolos de la siguiente forma:

- **Riñas o disputas personales:** La situación inicial radica en un conflicto emocional interhumano. El método que utiliza es el ataque personal y el fin que persigue es el de causar daño a la otra parte. Para Walton es el nivel más bajo de racionalidad argumentativa.

- **Debate forense:** La situación inicial reside en la contraposición de las partes. Los métodos a utilizar son todos aquellos a los que las partes hayan accedido y los que un tercero en el debate, haya permitido, al ser este último quien

---

<sup>98</sup> WALTON, Douglas, *Informal Logic. A handbook for critical argumentation*, Cambridge University Press, 1989 citado por ATIENZA, Manuel, *Ob. Cit.*, pp. 265 y ss.

decrete al vencedor. Al radicar la decisión en la voluntad del tercero, el fin que se persigue en este tipo de diálogo es el triunfo determinado por la persuasión de ese tercero.

- ***Discusión crítica o diálogo racional:*** En este tipo de diálogo, la situación inicial se encuentra en la diferencia de opinión sobre cuestiones de carácter teórico o práctico. El método a utilizar está fundado en pruebas internas -es decir aquellas que se obtienen de lo dicho por la otra parte en el diálogo- y pruebas externas – todas aquellas que estando fuera del discurso se puedan apelar-. El fin que se persigue en este tipo de diálogo, es la convicción de la otra parte, de una forma fundamentada en el uso de las pruebas.

- ***Investigación:*** Cuando Walton habla de este tipo de diálogo se refiere a la labor desarrollada en una comisión parlamentaria o en una indagación fiscal. La situación inicial radica en la ausencia, insuficiencia o falta de conocimiento sobre un hecho o una realidad. El método que emplea este tipo de diálogo, está basado en una argumentación sobre hechos recogidos, conocimientos concretos y la separación de presunciones de simples supuestos. El fin que se busca es determinar el hecho del que no se tiene conocimiento. A diferencia de otro tipo de diálogo es una acción *cooperativa*.

- ***Negociación:*** En este tipo de diálogo la situación inicial se halla en el conflicto de intereses entre las partes. El método que utiliza se afirma en la búsqueda de acuerdos y alternativas para componer dicho conflicto. El fin que se plantea en este caso, es el de cubrir las necesidades ocultas en las pretensiones de cada parte.

- ***Búsqueda de información:*** A diferencia de la investigación, Walton plantea como modelo de este tipo de diálogo al interrogatorio; así la situación inicial radica en la información que posee una parte y que a la otra le interesa. El método a utilizar depende de la parte proponente, ya que, a partir de un interrogatorio eficaz, se podrá subsanar la ausencia de la falta de cooperatividad de

que adolece este tipo de diálogo. El fin, como es claro, radica en la obtención de información oculta.

- ***Incitación a la acción:*** La situación inicial en este caso es una relación de subordinación jerárquica, es por ello que el método se fundamenta en órdenes o indicaciones de una parte a otra; de allí que el fin sea la realización de una acción en virtud de la relación de las partes.

- ***Diálogo educativo:*** A diferencia de la anterior, si bien la situación inicial sigue siendo de subordinación, ésta se produce por una superioridad en virtud de los conocimientos de una parte. El método idóneo a emplear se basa en la aplicación de la pedagogía enseñanza, por tanto el fin a alcanzar es la transmisión de conocimientos.

#### **2.3.4. Reglas dialécticas**

Como explicamos, la dialéctica considera dentro de sus elementos a la existencia de una serie de reglas sobre las cuales se desarrollará el proceso dialógico. Varios han sido los estudiosos que han enfocado sus estudios en la elaboración de reglas que sean aplicables a todo tipo de dialogo; de ellos, podemos destacar a tres en especial:

- ***Las reglas discursivo-dialécticas de F. van Eemeren y R. Grootendorst:*** Los profesores holandeses, identificados con el enfoque pragma-dialéctico, presentan en su obra “*A systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach.*” cerca de quince reglas que servirán para el pleno desenvolvimiento del discurso, de ella dos son de primer orden y el resto de segundo orden. Así, en las de *primer orden* se determina la no aplicación de condiciones especiales o preparatorias para la realización de los actos *asertivos* con los que se expresa un punto de vista o de los actos *comisivos* con los que se cuestiona un punto de vista. A criterio de Atienza<sup>99</sup>, estas reglas son destinadas a la construcción de un modelo teórico, por tanto para una aplicación práctica resulta más conveniente tomar en cuenta un decálogo de conducta elaborado por los

---

<sup>99</sup> ATIENZA, Manuel, Ob. Cit., pp. 268

mismos autores. En este decálogo, que se puede dividir en tres partes según el aporte del español Luis Vega Reñon<sup>100</sup>, los teóricos holandeses establecen: a) *Reglas de Juego*, donde la obligación de respeto al proponente, así como el deber de defensa de una tesis y la obligación de respuesta a los cuestionamientos y su posterior aceptación en caso de fracaso, se encuentra establecido; b) *Reglas de Pertinencia*, donde los actores del diálogo están obligados a la crítica y defensa de una tesis con argumentos claros, comprensibles e inteligibles únicamente referidos a ella ; y, c) *Reglas de suficiencia*, donde se establece que los modos en que la una defensa o crítica se pueden considerar efectivos , de lo forma en que éstos han salido y llegado a un punto común.

- ***Las reglas discursivo-dialécticas de J. Habermas<sup>101</sup>***: El profesor alemán Jurgen Habermas, a fin de presentar su teoría de la *racionalidad comunicativa* y dentro de ella la del *discurso ideal*, plantea como normas para la consecución de este fin, una serie de reglas de carácter dialéctico a ser empleadas. Así, se establece como condición primera que toda persona que sea capaz de expresarse puede participar en el discurso. En base a esta condición, Habermas determina que toda persona que participa en el diálogo puede cuestionar, aseverar o expresar sus actitudes, deseos o necesidades y por ende nadie puede impedir que se dejen de ejercer los derechos antes establecidos. Estas reglas básicas en todo caso, sirvieron de fundamento para un posterior desarrollo de Robert Alexy.

- ***Las reglas discursivo-dialécticas de R Alexy<sup>102</sup>***: El estudioso alemán, en su obra *Teoría de la Argumentación Jurídica*, basado en las reglas *habermasianas* establece dos grupos de ordenamientos discursivos a aplicarse:

- ***Reglas Fundamentales***

- *El hablante no puede contradecirse*
- *Se puede afirmar solo lo que se cree*

---

<sup>100</sup> VEGA REÑON, Luis, *Si de argumentar se trata. Una introducción a la argumentación*, Montesions, Barcelona, 2003

<sup>101</sup> FETERIS, Eveline, *Ob. Cit.*, pp. 110-114

<sup>102</sup> ATIENZA, Manuel, *Ob. Cit.*, pp. 269

- *La aplicación de un predicado a un objeto específico por parte del hablante, se puede aplicar a un objeto similar a éste en sus condiciones relevantes*

- *Los juicios de valor y de deber que afirmase el hablante, pueden ser expresados solo si éstos son aplicables a todo tipo de condición similar en su aspecto relevante*

- *Se prohíbe el uso por parte de más de un hablante de la misma expresión con distinto significado*

- ***Reglas de Razón***

- Deber de fundamentación por parte del hablante, cuando el interlocutor se pida, sin perjuicio de rechazar una fundamentación basado en razones

- Aplicación de las reglas habermasianas básicas, es decir capacidad de expresión, cuestionamiento y aseveración

### **2.3.5. Derecho y retórica**

Por su parte, la retórica al igual que la argumentación, es un proceso dirigido a la producción del discurso cuyo objeto principal, es la persuasión. Este enfoque dorsal es el que diferencia sin distanciar, a retórica y dialéctica, ya que en la actividad retórica, la acción de persuadir corre a cargo de una parte, el orador o productor del discurso, quien deberá poner para este fin todas las herramientas y conocimientos propios del discurso. Lamentablemente, este último punto hasta el día de hoy, ha sido malentendido, provocando la errónea apreciación de la actividad retórica como un tabú, a tal punto que aún hoy en día, muchos profesionales del derecho utilizan la expresión retórica como sinónimo de argucia, engaño o palabrería.

## 2.3.6. Partes del discurso retórico

### 2.3.6.1. Fases previa y posterior

El discurso retórico lo componen seis partes, de las cuales una es previa al desarrollo del discurso y otra es posterior al mismo; por lo tanto tenemos:

**Fase previa o Intellectio:** Esta fase está orientada al examen del tema sobre el que se va a discurrir, por tanto el estudio de la causa y su comprensión, corresponden a esta fase.

**Fase posterior o Memoria-Actio:** Esta fase se produce una vez desarrollado el discurso y consta de dos partes: **a) memoria** basada en el estudio de mecanismos afines a la pronunciación del discurso sin recurrir a la lectura, ya que de esto dependerá la confianza y seguridad que sepa transmitir al auditorio; y **b) actio/pronuntiatio**, orientada al desarrollo de mecanismos y utilización de herramientas afines al control de voz, cuerpo, y dominio escénico.

### 2.3.6.2. El desarrollo del discurso: sus tres partes centrales

El desarrollo de esta doctrina se remonta a la obra principal en la que esta disciplina fue abordada por el pensamiento occidental: la *Retórica* de Aristóteles. Esta obra es el punto de partida sobre el cual varios estudiosos y retóricos desde la antigüedad hasta la actualidad han basado sus tesis, llegando a establecer en consenso que el discurso se compone de tres piezas básicas:

- **Inventio:** En esta parte, una vez fijado el estudio de la causa, se inicia la búsqueda de argumentos que serán empleados a fin de probar o refutar el tema previamente analizado y sobre el cual se va a discurrir. Vale anotar que a partir de las obras de Marco Fabio Quintiliano, se ha desarrollado un punto trascendental en la inventio del discurso: la teoría de la *stasis* o también denominada “*estado de la causa*”.

Quintiliano, en su obra *Instituto Oratoriae*,<sup>103</sup> identifica la importancia de la *stasis* o estado de la causa, descrita como el procedimiento dentro de la *inventio* por el cual, luego de ciertas preguntas se conseguía llegar a un punto en cuestión en el cual el debate quedaba "estancado", de ahí que *stasis* se relacione con conflicto e inmovilidad.<sup>104</sup> El estado de la causa se define según los tres géneros posibles de discurso: el género judicial retórico -en el cual la teoría del estado de la causa tiene mayor trascendencia, al defenderse una causa frente a un tribunal-; el género deliberativo -en el cual es una parte integrante del discurso, ya que en éste el discurso se enfoca en la defensa de un punto frente a ponente- ; y en el género epidíctico-demostrativo -en el cual por tratarse de un discurso generalmente político y que no admite contradicción, la teoría de la *stasis* no tiene cabida.

Dentro de lo que nos atañe, es decir el *género judicial retórico*, Quintiliano establece que el discurso de este género se compone de dos fases: una primera denominada **fase racional** en la que se tratan cuestiones de hecho y se distinguen tres estados de la causa: *a) estado conjetural* en el que se establece si se cometió o no el hecho; *b) estado definicional* en el que definirá si el hecho cometido se adecua al tipo bajo el cual se lo juzgará y, *c) estado de calidad o justificación* en el que se determinará si el hecho cometido estuvo o no calificado dentro de las circunstancias en las que sucedió. La segunda se denomina **fase legal** y en ella se abordan los problemas normativos que posteriormente serían recogidos por el Código Napoleónico de 1807. Es interesante anotar que en el texto de Quintiliano se identifica por primera vez a *la interpretación, el espíritu, la contradicción normativa y la ambigüedad* como los principales problemas de los que pueden adolecer las normas.

En la *Inventio*, Quintiliano es el primero en establecer la importancia del uso de los tópicos ya que indica que *ethos* y *phatos* orientados hacia la lógica y emotividad respectivamente nacen de los *tropos* -*tópico*- presente en el discurso.

---

<sup>103</sup> MEADOR JR, Prentice *Quintiliano y la Instituto Oratoria*, en *Sinopsis Histórica de la Retórica Clásica*, Madrid, Gredos, 1989, pp. 213 -245

<sup>104</sup> BURTON, *Stasis*, disponible en World Wide Web. <http://rhetoric.byu.edu/canons/invention/stasis.htm>

- **Dispositio:** La *dispositio* consiste en el desarrollo *per se* del discurso. Este orden fue presentado por primera vez en la obra de Aristóteles y desde ahí no se ha modificado, considerándose un orden único e invariable en la retórica. Por tanto tenemos:

- a) *Exordio o Introducción:* En esta parte del discurso, el proponente busca llamar la atención del auditorio hacia el que se dirige

- b) *Narratio o Exposición:* El proponente en esta pieza, expondrá los hechos de la causa que han motivado la causa.

- c) *Demonstratio o Argumentatio:* Esta fase consistente en la aplicación de la prueba al punto de la litis, distingue dos tipos de prueba *i) probatio* o prueba favorable; y, *ii) refutatio* o destrucción de pruebas contrarias.

- d) *Peroratio o Conclusión:* Esta es la parte final del discurso. En ella se recuerda al auditorio los puntos más relevantes y dependiendo de la forma en que se desee influir en su ánimo se llamará a la emotividad. Varios autores incluyen en esta última parte lo que a nuestros días ha llegado como “recapitulación”.

- **Elocutio:** Esta última parte está constituida por el estudio y análisis del estilo y presentación que se dará al discurso. Esta fase recoge el principio del *ars bene dicens* desarrollado por la escuela grecolatina. Se trata de una fase totalmente ornamental siendo ésta la principal inspiración de Petrus Ramus para la base de su doctrina retórica a partir de la cual se *deformó* el sentido original de la retórica al obviar todas las partes del discurso y centrarse únicamente en la parte final del mismo. Vale resaltar que Quintiliano y Cicerón establecen en esta fase el desarrollo de cuatro cualidades en el discurso<sup>105</sup>: *la puritas* o corrección lingüística; *la prespicuitas* o claridad en la expresión; *el ornatus* o embellecimiento del texto donde vuelve a aparecer la idea de los tópicos; y finalmente, *la urbanitas* o elegancia y estilo que plasmará el autor en el discurso.

---

<sup>105</sup> OCHS, Donovan, *Ob. Cit.*, pp. 192-195

### 2.3.7. Reglas retóricas

Al igual que lo que sucede con la dialéctica, la retórica también se rige bajo una determinada normativa. Las reglas retóricas se constituyen según el género retórico al que se apliquen. Así, tanto para el género judicial, como para deliberativo y el epidíctico se desarrolla distintas reglas. El punto en común que tienen estas normas, se halla en el llamado *Decorum*, entendido como la correspondencia, armonía y coherencia que debe existir entre todas sus partes o elementos, he ahí la efectividad del discurso. Diremos también que estas reglas son simplemente técnicas y son de uso exclusivo del orador ya que muestran como alcanzar un objetivo; diferenciándose y asimilándose de esta forma con la disciplina dialéctica.

### 2.4. Convicción y persuasión

La composición del conflicto jurídico al convertirse en el fin que el discurso plantea alcanzar, se ve complementado por dos claros objetivos: la convicción y la persuasión. Hablar de persuasión y convicción es algo muy común cuando está la palabra de por medio. De hecho, su consecución ha sido objeto de incalculable valor a lo largo de los siglos. No es de extrañar que muchos estudiosos hayan puesto todo su esfuerzo en alcanzar el argumento perfecto, es decir un argumento irrefutable y que causase la adhesión de cualquier auditorio. Es así como la adhesión del oyente adquiere un valor primordial con el desarrollo del discurso, pues el ponente admite la importancia de persuadir al otro, desarrollando para ello argumentos que influyan en el auditorio de tal forma que den a notar su preocupación, correspondencia e interés en el tema sobre el cual verse el discurso argumentativo jurídico.

Perelman define a este *ideal* como en la utilización de una técnica argumentativa que se imponga a todo auditorio<sup>106</sup>. Es precisamente ese deseo de trascender, el que ha marcado el avance y desarrollo de las concepciones de la argumentación jurídica posterior a la segunda mitad de S. XX. A criterio de Perelman, en los tiempos actuales se presenta un debate entre verdad y acción, o entendido de mejor forma entre filósofos, quienes llevan el

---

<sup>106</sup> PERELMAN, Chaim, *Ob. Cit.*, p. 91

postulado de la verdad por delante y retóricos que plantean a la acción como su *leitmotiv*. En efecto, la relación entre dialéctica y retórica como vimos en el anterior uno puede ser asimilable a esta vinculación, sin embargo, como observamos su desvinculación, su divisibilidad, su separación resulta absurda. En el caso de la convicción y la persuasión resulta similar.

#### **2.4.1. Relaciones de jerarquía: ¿Cuál es más importante?**

Para el estudioso polaco, son dos perspectivas desde las que se puede observar la relación entre convicción y persuasión y sobre las cuales, el proponente, podrá distinguir cuál de las dos tiene mayor importancia. Así, la primera perspectiva radica en el resultado, teniendo la persuasión un grado mayor que la convicción. Cuando se induce a la persuasión se induce a la acción de por sí. Para demostrarlo, Perelman se vale de un bello ejemplo tomado del *Emilio* de Rousseau, quien al tratar sobre comportamiento del niño, dice que “*de nada sirve convencer a un niño si no se sabe persuadirlo*”<sup>107</sup> En efecto, el ejemplo tomado por Perelman sirve para ilustrar la idea que compartimos sobre la acción. Un niño es un ser que actúa aún motivado por los *sentidos* -si tomamos una definición cartesiana-, por ello, la persuasión enfocada a la acción tiene un nivel superior que la misma convicción, siendo ésta última una *antesala* para ese logro que representa la persuasión.

Sin embargo, desde la óptica de la racionalidad también aportada por Perelman, convencer adquiere un grado superior a persuadir. Precisamente, los medios utilizados por la convicción son argumentos racionales y las facultades a las que se dirige, como es sabido, actúan movidas por la razón. Al igual que en el caso anterior, el autor se vale un ejemplo muy ilustrativo para el caso al citar a Blas Pascal y su reflexión sobre la persuasión: en ella, el filósofo indica que la acción de persuadir es connatural a lo que él denomina *autómatas*, es decir a todo aquello que es manejado por el cuerpo, los sentimientos o la imaginación, resumiendo como autómatas a todo aquello que es ajeno a la razón.<sup>108</sup> Por tanto, desde la perspectiva de la racionalidad, la persuasión se encuentra en un grado inferior a la convicción.

---

<sup>107</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques, *Emilee*, Libro III, p. 203, cit. por PERELMAN, Chaim, Ob. Cit. p.66

<sup>108</sup> PASCAL, Blas, *Rensées*, p. 96, , cit. por PERELMAN, Chaim, Ob. Cit. p.66

### 2.4.2. Divisibilidad de convicción y persuasión

Resulta inevitable el planteamiento de la pregunta de cuán factible resulta separar a la convicción de la persuasión bajo la óptica proporcionada por el enfoque de jerarquía demostrado por Perelman. La mirada del tema desde dos perspectivas, a simple vista nos permitiría entender que aislar lo racional de lo emotivo es posible; sin embargo, ¿es posible aislar procesos de facultades? o lo que es más ¿separar a verdades de acciones?

El desarrollo social, y por ende el desarrollo jurídico, equivale al desenvolvimiento en un determinado contexto, es ese contexto el que permite concebir a los elementos – hechos y acciones- como un todo y no como simples elementos. Es sencillo decir que los elementos racionales pueden ser aislados durante un diálogo, pero ¿qué sucede cuando la acción no es parte de esos hechos racionales? Como explicamos anteriormente las verdades como tales, dependen en gran medida del contexto en el que se desarrollan y es el contexto el que les convierte en inquebrantables o no. Es aquí cuando la acción, que juega directamente con la persuasión, realiza su obra, pues es valiéndonos de ella, que actuamos como proponentes y establecemos que un determinado hecho o acto es una verdad indiscutible en un determinado contexto. No con ello queremos decir que sea imposible separar los datos racionales en el diálogo. Al contrario, nuestra capacidad de razonamiento nos permite hacerlo, aun cuando resulta absurdo querer separar a la acción que encarna la persuasión de la convicción que revisten los datos racionales: la mejor explicación de ello son los medios de prueba que se utilizan para probar la racionalidad de un hecho.

### 2.4.3. La convicción y la persuasión desde la perspectiva de Kant

Kant, en su obra, *Crítica de la Razón Pura*,<sup>109</sup> es el primero en identificar a persuasión y convicción como elementos diferentes dentro de la argumentación, llegando con ello a establecer dos tipos de argumentación basados en estos dos objetivos: a) una argumentación a la que denomina *objetiva*, que designa con el nombre de *Überzeugung* y a la que identifica con **convencer**; y, b) *argumentación subjetiva* la que designa con el nombre de *Überredung* y que identifica directamente con **persuadir**. Si bien, hasta este

---

<sup>109</sup> KANT, Immanuel, *Crítica de la Razón Pura*, Alfaguara, Madrid, pp. 638-640.

punto podría parecer que Kant influyó en el desarrollo de Perelman (y en realidad si lo hizo, ya que Perelman dedica un párrafo al estudio de la dicotomía kantiana de objetivo subjetivo en la argumentación), dista totalmente de éste al presentar un tercer tipo de argumentación al que denomina *Überlisten*, que relaciona totalmente con sugestionar y por la cual llega a condenar a la argumentación como *insidiosa, maquinativa y artificiosa*, respaldada por la *sugestión* que determina al final.<sup>110</sup> No obstante, Perelman descarta esta condena y deja de lado a la sugestión de la que habla Kant, no sin antes obviar también, la división de la argumentación en objetiva y subjetiva y tomar únicamente la identificación de persuasión y convicción como elementos básicos dentro de la argumentación en general.<sup>111</sup>

#### **2.4.4. Convicción y Persuasión: dicotomía y complementariedad.**

Lejos de la definición kantiana, se establece ahora a convicción y persuasión como una dicotomía complementaria, es decir, si bien los dos atañen a distintos puntos de la *esencia* humana, como son la inteligencia y el ánimo, dentro de la ejecución del discurso no se puede separar a ambos sino que se debe trabajar *sobre* ambos. Precisamente es esta consideración la que nos permite comprender a la **persuasión** basada en la apariencia, cuyo fundamento es el ánimo del sujeto hacia quien ha sido dirigida, teniendo por tanto un objeto de asimilación personal; mientras que la **convicción** es vista como el entendimiento en todo el sentido, cuyo campo de trabajo es subjetivo ya que está directamente relacionado con la razón y por tanto es de asimilación universal.

Es aquí donde influye nuevamente la importancia de la diferenciación de auditorios especificada por Perelman, pues, al considerar a la persuasión como ánimo y a la convicción como inteligencia, el carácter atemporal del auditorio resulta importante para nuestro estudio. Al respecto, Perelman lo ilustra a partir de un ejemplo tomado de una obra del psicólogo Claperède<sup>112</sup>, donde él, movido por la razón, expresa su acto basado en la *convicción* pero no *persuadido* de lo que hace. Este ejemplo es el que nos permite reconocer que en un acto, en una expresión, en una adhesión hacia una idea u opinión,

---

<sup>110</sup> LOZANO, Jorge, *A vueltas con la retórica*, citado por GABRIEL MAINO, Carlos, *Ob. Cit.*, p. 80

<sup>111</sup> PERELMAN, Chaim, *Ob.Cit.*, pp.67-68

<sup>112</sup> CLAPERÉDE, Edouard, *La genésé de l'hypothese*, citado por PERELMAN, Chaim, *Ob. Cit.*, p. 70

deben influir dentro de la persona ambos elementos, sin distinción, pues, la ausencia de uno de ellos, creará *cuestionamientos* en caso de la ausencia de persuasión o *dudas* en la ausencia de convicción: Si alguien actúa movido por la fuerza de la razón, es decir convencido pero no persuadido, cuestionara su espíritu y su actuar, mientras que si alguien actúa movido por el valor objetivo o el ánimo impuesto, después tendrá dudas sobre su actuación.

#### **2.4.5. Temporalidad y validez**

Finalmente al respecto diremos que la convicción actúa basada en la fuerza que otorga la razón y por ello su efecto es posterior a la recepción del argumento, pues requiere su asimilación previa al discernimiento. La persuasión por su parte, al remitirse directamente a la acción a la que incita el ánimo, se desarrolla de una forma inmediata. Para respaldar este criterio basta regresar sobre el pensamiento de Pascal y los autómatas.

En lo que responde a validez, nos serviremos del argumento para ejemplificar; así, la convicción permite crear un *argumento válido*. Para ello, es indispensable la consideración del auditorio universal es indispensable, ya que la validez orientada a la razón es connatural a todos los seres humanos y por tanto puede ser considerada *universal*. Mientras que la persuasión, orientada a la acción y el ánimo, nos permite construir un argumento eficaz, que llegue a la esfera sobre la que se trabaje con el número de personas hacia quienes se dirija el discurso, por tanto un auditorio particular. Vale observar, por último, que la consideración del auditorio universal como la hemos empleado anteriormente, debe ser una aproximación, al suponer a éste como el máximo ideal utópico sobre el que se debe trabajar (en cierta forma podríamos decir que es una consideración tomista desarrollada a partir de su concepto de *perfección universal* desarrollado en el *Quinque viae*). Concluiremos con ello, que el éxito no radica en la separación de los argumentos sino en la existencia de argumentos válidos y eficaces, con la previa consideración de que en el Derecho, tanto auditorio particular, como auditorio universal, son los receptores del discurso jurídico argumentativo.

## CAPÍTULO III

### 3. DEL DISCURSO JURÍDICO ARGUMENTATIVO

#### 3.1. Análisis del Discurso como parte del Sistema de Confrontación Tópico Retórico

Luego de un recuento de la parte formal del discurso argumentativo jurídico, hallamos la necesidad de plasmar todo lo expuesto anteriormente dentro del ejercicio cotidiano del derecho. Es así, como la doctrina va mucho más allá de los postulados y se abre paso a través de la aplicación en la técnica. Precisamente, miles de alegatos, demandas y sentencias entran y salen de las cortes con el fin de resolver distintos conflictos. Así, el discurso es la herramienta a través de la cual, toda la esfera jurídica materializa al derecho contenido en una norma abstracta. He aquí la utilidad de la doctrina: el ejercicio jurídico ya no se resume a la clásica subsunción<sup>113</sup> de la norma, sino que, más allá del desenvolvimiento lógico tan propio del proceso jurídico, se vale de otras herramientas tales como la dialéctica, la retórica y la tópica (aplicadas al derecho con posterioridad a la segunda mitad del S. XX), para materializar la norma dentro de argumentos válidos, antes únicamente limitados a la forma clásica del silogismo jurídico.

Dentro de estos sistemas, hallamos dos que si bien pertenecen al estudio de la argumentación jurídica *standard*,<sup>114</sup> a nuestro criterio, su noción en conjunto resulta ser más beneficiosa dentro de la técnica jurídica. Así, los conceptos aportados por Perelman en su *Nueva Retórica* y el fondo filosófico-práctico que entraña la *Tópica* de Viehweg, son a

---

<sup>113</sup> Entiéndase subsumir como “*considerar algo como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general.*” Cfr. Real Academia Española, *Ob. Cit.*

<sup>114</sup> Cuando hablamos de *Argumentación Jurídica Standard*, nos referimos principalmente a la desarrollada por juristas y filósofos del derecho como Robert Alexy, Neil MacCormick o Georg Kalinowski, quienes con sus estudios en el campo de la argumentación, han provisto al derecho de sistemas que incorporan las tres concepciones básicas de la argumentación mediante el uso la representación lógico proposicional clásica de los argumentos. El presente trabajo, como se ha indicado, se orienta principalmente al desarrollo puramente dialéctico – retórico del argumento, por lo cual su enfoque, si bien recurre a varios de los elementos aportados por la que denominaremos escuela germano-americana de la argumentación, trata de refrescar un poco los postulados y mostrar nuevas estructuras argumentativas.

nuestro criterio, la base universal para el análisis y creación de cualquier discurso jurídico ya que sus elementos son comunes a cualquier rama del derecho sin distinción, y su fin, es co-sustancial al de justicia. Vale anotar que la dialéctica, en su esencia antes analizada, juega intrínsecamente, un papel importante en el desenvolvimiento de tópica y retórica en conjunto, toda vez que el proceso jurídico se ve asimilado a un proceso dialéctico como se dijo. De ahí que, si bien no hacemos un reparo especial sobre la dialéctica en el título, se debe tener en cuenta que al referirnos a *confrontación*, implícitamente nos estamos remitiendo a la primera fase del proceso dialéctico, en el cual, se disipan dudas y se avanza sobre los puntos controvertidos, previo a continuar con la apertura como segunda fase de la actividad dialéctica.

### **3.1.1. Confrontación y Conflicto: El Sistema de Confrontación Tópico Retórico**

El discurso jurídico argumentativo, puede ser observado desde distintas perspectivas. Así, su origen, su clasificación o su estructura son puntos básicos dentro del presente estudio. Sin embargo, su finalidad en el ámbito jurídico, será el punto sobre el que partiremos para explicar el sistema en el cual, nuestro esquema discursivo se desenvuelve.

La relación entre derecho y conflicto es innegable. Tan es así, que varios estudiosos de la argumentación han establecido a partir de este nexo, la justificación para la existencia del discurso en el ámbito jurídico. Es por ello, que a nuestro criterio, la justificación más acertada es la que manifiesta que todo discurso argumentativo halla justificación en el problema como forma a través de la cual se manifiesta un conflicto, de ahí que se advierte un nexo inseparable entre conflicto y discurso, pues ante la presencia de un conflicto, el intercambio de discursos argumentativos se convierte en la posibilidad a través de la cual se materializa su resolución.<sup>115</sup>

Recordemos la máxima jurídica "*ubi societas ibi ius*"<sup>116</sup>. Precisamente, cuando Bandieri se refiere al conflicto como "*una forma genérica y perenne de la relación social*"<sup>117</sup>, identifica su presencia inmanente dentro de la sociedad. Si bien, no toda relación

---

<sup>115</sup> Cfr. BANDIERI, Ob. Cit., pp. 32

<sup>116</sup> "Donde hay sociedad, hay derecho"

<sup>117</sup> BANDIERI, Id.

social conlleva a un conflicto, el mismo *coexiste* de una forma latente junto a cualquier tipo de relación, siendo sólo en las denominadas *utopías*<sup>118</sup> en las que éste se entiende como inexistente. De ahí, que el Derecho se establezca como necesario a fin de evitar (en primera instancia) o resolver/solucionar (como *ultima ratio*) conflictos dentro de las relaciones humanas.<sup>119</sup> No en vano esta afirmación se ejemplifica en el principio general que manifiesta que: “*El derecho propio termina donde empieza el derecho ajeno*”.

Sobre ello, el enfoque que aportaron otras ciencias, permitió que el derecho abordase con mayor precisión al conflicto y de una manera más dinámica. Así, por ejemplo, varios estudiosos han partido del origen del conflicto para definir el manejo de derecho y su enfoque de justicia. En este sentido, la primera concepción sobre el origen del conflicto, viene de la mano de la noción de justicia distributiva. Es precisamente el concepto de *dar a cada uno lo que le corresponde*,<sup>120</sup> cuya primera referencia proviene del diálogo entre Sócrates y Trasímaco, en el Libro I de la República de Platón, el que plantea el problema de la distribución como el puntal sobre el que se desarrolla todo conflicto. De ahí que los primeros juristas romanos identificaran a la repartición de los derechos como el problema base de la *ius civile* y encontraran en la administración de justicia por parte de los pretores la única forma a través de la cual se podía obtener una distribución equitativa de los derechos en conflicto.

Tiempo después, con el desarrollo filosófico del pensamiento jurídico, ya no se habla de la distribución como problema, sino de los intereses que se contraponen entre las partes, como la fuente principal de los conflictos en las relaciones humanas. El desarrollo de las relaciones comerciales y en sí, de los contratos como actos jurídicos celebrados entre las partes, ponen de manifiesto esta nueva concepción del conflicto dentro del ámbito jurídico. El componente económico que empieza a formar parte de las relaciones humanas,

---

<sup>118</sup> Entiéndase a *Utopía*, como el “*plan, proyecto, doctrina o sistema optimista que aparece como irrealizable en el momento de su formulación.*”, Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Ob. Cit.*

<sup>119</sup> Al respecto, resaltamos el uso del término *componer*, utilizado originalmente por Kurt Lewin, quien al referirse a los conflictos, dice que no se puede resolver un conflicto, ya que su significado –disolver, deshacer o destruir- si bien se convierte en un ideal, dota al conflicto de un carácter anómalo. Por tanto, al igual que lo que sucede con los fenómenos sociales, el término “resolución” no es el más adecuado en virtud de la naturaleza del conflicto. De ahí que “componer” en cambio es en esencia lo que se debe buscar hacer con el conflicto: ajustar y concordar, poner en paz a los enemistados, y concertar a los discordes.

<sup>120</sup> En latín, “IUSTITIA EST CONSTANS ET PERPETUA VOLUNTAS IUS SUUM CUIQUE TRIBUENDI”

permite que se tenga una visión más *individualista* del derecho por lo cual juristas como Rudolph von Ihering<sup>121</sup>, definen al derecho como una continua lucha de los sujetos por defender sus intereses, desprendiéndose de ello, que los derechos no son sino *intereses jurídicamente protegidos*, por lo cual apuntan a un fin específico como creador de todo derecho.

En los tiempos actuales, el conflicto ha sido asumido de una forma más centrada. Muestra de ello son los denominados Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, de los cuales destaca el proyecto de negociación de Harvard, el cual, desarrollado por los profesores William Ury, James Fisher y Bruce Patton, se basa en el estudio del problema a través de la búsqueda, identificación y distinción entre intereses y necesidades. Para los creadores de este método, mediante el uso de herramientas específicas, entre ellas el diálogo, se podrá obtener un criterio que no perjudique a ninguna de las partes.

Si bien, de lo anterior se desprende que el conflicto es el punto sobre el cual el proponente generará su base argumental a fin de obtener su discurso, es necesario considerar ahora el sistema mediante el cual, dichos argumentos serán reputados como válidos e irrefutables.

Cuando hablamos de confrontación, lo primero que imaginamos es la exacerbación de un conflicto. Sin duda, aquella noción de confrontar, es correcta; sin embargo, para nuestro caso en concreto, debemos considerar otra definición aplicable de *confrontar*. En efecto, el diccionario de la RAE define al verbo confrontar como “*cotejar una cosa con otra*”.<sup>122</sup> Es precisamente esta definición, la que nos permite ampliar la aplicación del término directamente al ámbito jurídico ya que en nuestra opinión, el proceso jurídico, en una forma extremadamente simplificada, se resume en el **cotejamiento de argumentos a fin de hallar entre ellos a aquellos que en cuya racionalidad y validez se revele la conclusión racional sobre el cual dichos argumentos han trabajado.**

Por tanto, hablar de un sistema de confrontación, es hablar de un conjunto estructurado de argumentos relacionados entre sí, en el cual las partes intervinientes cotejan sus argumentos a fin de contribuir a un objeto en común. Dicho objeto en nuestro caso, se

---

<sup>121</sup> VON IHERING, Ludwig, *Del Interés en los Contratos*, cit. por BANDIERI, *Ob. Cit.*, p.34

<sup>122</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Ob Cit.*

define gracias a la esfera jurídica. Así, en el entendido filosófico de definir un objeto primordial del derecho, podemos decir que se establece a la equidad, la verdad y su fin sustancial, la justicia, como un solo objeto o fin. Sin embargo, con la definición no basta, por tanto, para llegar a alcanzar dicho objetivo se requiere de herramientas que permitan crear y clasificar los argumentos.

La tónica, aplicada al ámbito jurídico con posterioridad a la publicación de los postulados de Viehweg, actúa como el punto de partida sobre el cual, cualquier argumento puede ser desarrollado. Es precisamente esta consideración, la que ha permitido en las últimas décadas, la revalorización de los principios jurídicos en virtud de su validez universal en cualquier rama del Derecho.<sup>123</sup> A este uso general de la tónica, se debe añadir el sistema de preguntas y respuestas planteadas dentro de la obra de Viehweg a fin de limitar el problema.

Mas, con el uso de los tópicos no se agota el ejercicio creativo, pues éste será apenas el puntal sobre el que se elaborará un boceto que aparece como fruto de su trabajo y que es la base sobre la cual se aplicará el ejercicio retórico.

Los matices, las formas, el perfeccionamiento y la orientación que se busque dar a los argumentos que componen el discurso son el campo de trabajo de la retórica. Es importante recordar que dentro de dicho campo de acción, la persuasión adquiere un papel sumamente importante, toda vez que actúa como el eje sobre el cual se direccionará la aplicación de la retórica. Así, la unión de varios argumentos en un orden estratégico a fin de formar un argumento conjunto, constituirá al discurso jurídico como tal y el cotejamiento de los discursos, entendido como argumentos únicos, dotará de convicción a un argumento bien empleado.

Vale resaltar, que además de servir de elementos de creación, el uso de las herramientas tónica retóricas, constituyen una forma de comprobar la validez del discurso empleado por la contraparte. Así, del análisis y *cotejamiento* de los argumentos empleados

---

<sup>123</sup> No está por demás recordar que no solo los principios generales de derecho rigen el campo de los tópicos. Dependiendo de la rama para la cual se desee desarrollar el discurso jurídico, se deberá considerar los principios específicos que rigen en cada una de ellas.

por nuestro *rival* en derecho, lograremos hallar los principios sobre los que se así como su composición argumentativa.

Finalmente, se debe tener en cuenta que hablar de confrontación nos redirige a la primera fase del proceso dialéctico antes descrita, por lo cual, cuando nos referimos al discurso como parte del sistema de confrontación tópico retórico, hablamos no solo de su composición y estructura sino del conjunto de herramientas relacionadas entre sí, orientadas a la creación y comprobación de argumentos válidos.

### 3.2. Desarrollo del Discurso Argumentativo Jurídico

Si bien, el discurso como género es connatural al desarrollo científico toda vez que se trata de un conjunto estructurado de razonamientos a través de los cuales se infieren unas cosas de otras como consecuencia de sus principios, el discurso argumentativo jurídico como especie, se distingue no solo por su ámbito, sino también por sus caracteres y estructura. Es por ello que, sobre su desarrollo, es necesario hacer algunas precisiones.

A nuestro criterio, el discurso argumentativo jurídico tiene caracteres propios que lo diferencian tanto en fondo como en forma de los discursos empleados en las demás ciencias ya que al ser instrumentado para la práctica y ejercicio del derecho, adquiere dimensiones específicas que se manifiestan en su esencia. En virtud de ello, diremos que los caracteres del discurso argumentativo jurídico son:

- *Universal.* Decimos que el discurso jurídico es universal ya que el mismo es común a cualquier rama del derecho. Su universalidad, se manifiesta en la elaboración sin distinción de los diferentes argumentos necesarios para sustentar, afirmar o defender, cualquier punto de derecho en cualquier actuación jurídica. No existe ningún ámbito jurídico que no se valga del discurso como medio a través del cual se pueda materializar la argumentación jurídica.
- *Instrumental.* El carácter instrumental del discurso jurídico argumentativo se manifiesta en su misma esencia, ya que su elaboración supone la creación del instrumento a través del cual, cualquier persona abstrae de la inmaterialidad del

mundo jurídico sus derechos y los manifiesta en la aplicación práctica del Derecho. Vale recordar, que el discurso en sí mismo no es un fin sino el medio a través del cual se sintetiza y se aplica el derecho sustancial en conjunción con las normas adjetivas que reglan cualquier proceso jurídico. Dicho carácter va de la mano con la practicidad, ya que su aplicación no está normada sino que a partir de lineamientos básicos, se deja a consideración de quien lo emplee su contenido

- *Necesario.* El discurso adquiere el carácter de necesario toda vez que sin él, el derecho no se materializa en el proceso jurídico, ya sea en un proceso en el que se defienda un derecho, se declare un derecho o se exija el cumplimiento de uno; el discurso es el único medio a través del cual el proponente se manifiesta y toma alcance dentro de cualquier proceso jurídico
- *Racional.* El carácter de racional se desarrolla en la propia definición del discurso jurídico argumentativo ya que el mismo es un conjunto de razonamientos estructurados específicamente a fin de convertirse en un solo cuerpo, que se manifieste sobre algo en particular Su orden, estructura y formulación es ordenada, lógica y orientada a un objetivo en particular.
- *Formal.* En base a los caracteres de instrumental y necesario el discurso es un acto formal a través del cual, cualquier persona manifiesta sus pretensiones en derecho. Dichas manifestaciones, al estar enmarcadas dentro de un orden jurídico, requieren de un orden específico por lo cual en su elaboración se requiere cumplir con elementos que la ley considera como sustanciales y sin los cuales dicho acto de manifestación carecería de validez. (V.gr. Art. 64 del Código de Procedimiento Civil - Requisitos de la Demanda)
- *Dinámico.* Decimos que el discurso tiene el carácter de dinámico toda vez que la norma contenida en los argumentos que de él son parte, al fusionarse en forma de esquemas argumentativos, se potencian adquiriendo así, una mayor fuerza argumental totalmente distinta a la estática normativa contenida por los distintos cuerpos legales. Vale acotar que la norma se convierte en acción, ya que el

discurso se torna en la manifestación pura del derecho de acción, como lo explica tan desarrollada por la Teoría General del Proceso.

- *Público.* El discurso toma el carácter de público ya que al ser la manifestación de un conjunto de razonamientos jurídicos, estos, además de ser cotejados con los presentados por la contraparte, se deben someter al conocimiento de los diferentes tipos de auditorios, siendo el auditorio universal, el máximo oyente al que cualquier discurso debe aspirar. Por tanto, la publicidad es un carácter connatural a convicción y persuasión, elementos tan propios de la actividad discursiva

Además de los caracteres antes descritos es necesario recordar que el presupuesto sobre el que se basa toda la doctrina que hemos tratado es que, si se desea desarrollar un esquema argumental que sirva de plataforma indiscutible para cualquier discurso, éste debe aproximarse lo mayormente posible al acto comunicativo puro.

Así, un esquema discursivo debe ser lo más descriptivo posible. No basta con representar las premisas y conclusiones, sino que en él se debe procurar recoger toda la actividad lingüística que se vaya a desarrollar o en su defecto que haya desarrollado la contraparte. No podemos olvidar que el discurso, como hemos explicado en su concepción pragmática, no es sino un acto complejo de lenguaje en el que concurren diversos elementos lingüísticos que componen, refuerzan o sustentan los argumentos que lo conforman.

En razón de ello, hemos tomado todas las herramientas aportadas por las distintas concepciones y modelos antes expuestos y en base a lo que denominamos como sistema de confrontación tópico retórico, procederemos a mostrar el esquema que consideramos más **útil** <sup>124</sup>, bajo el cual, cualquier discurso puede ser creado, así como analizado. Puede

---

<sup>124</sup> Al respecto, Manuel Atienza, en su obra “*Cómo analizar un argumentación jurídica*”, establece que la creación del discurso y con él, la argumentación, se establece como un actividad *ex ante* que requiere un lenguaje descriptivo analítico sobre cuáles son los componentes que integrarían correctamente un esquema argumentativo y cual es relación entre sí, a efecto de desarrollar un discurso. De ahí que el mismo autor resalte que un sistema se debe definir en torno a dos cuestiones: su generalidad y su utilidad. Si es muy general, se convierte necesariamente en algo muy abstracto y por ende deja de ser útil, mientras que si es útil, no es general dado que e centra en aspectos específicos que resaltan su utilidad. Cfr. ATIENZA, Manuel, *Cómo analizar un argumentación jurídica*, Quito, Cevallos Librería Jurídica, 2009, pp.19-23.

parecer pretencioso hablar de un esquema universal, sin embargo, no está por demás intentar un esquema que si bien no tenga el carácter de general, abarque las partes imprescindibles del discurso argumentativo jurídico sin caer en lo absolutamente abstracto siendo así de gran utilidad en la actividad litigiosa.

Es así, que a fin de mostrar de una forma más didáctica el esquema argumentativo, utilizaremos la división aristotélica del discurso a fin de distinguir las fases en las que se emplearán las distintas herramientas desarrolladas. Adicional a esto, utilizaremos también la distinción planteada por Atienza<sup>125</sup> sobre los objetivos que se persiguen con cada acto de lenguaje, para diferenciar las partes que integran el Discurso Argumentativo según el fin que cada una perseguirá. Por tanto, tenemos que cada parte del discurso se puede desarrollar en dos fases: una **ilocucionaria** que corresponde al análisis y elaboración de razones fundadas sobre algo y otra **perlocucionaria** a la que corresponden los efectos que se busca con dichas razones.

### ***Intellectio: Fase Previa***

En esta fase, el proponente, se encargará del estudio minucioso de los hechos y los responsables, con el objetivo de determinar a) en el caso de jueces y fiscales, el grado de responsabilidad o la vinculación que tienen las partes respecto del objeto de la Litis; y b) en el caso de los abogados patrocinadores, el grado de responsabilidad, vinculación o afectación que ha sufrido su cliente.

Una vez realizado este estudio, se procederá a analizar el auditorio ante el cual se encuentra sometida la causa. Así, el abogado deberá iniciar por el auditorio personal (*¿Estoy convencido que mi cliente es inocente? ¿Cuál fue su grado de vinculación con el acto del cual se le imputa? ¿Cuál es la afectación que está sufriendo mi cliente? ¿Cuáles son los intereses que se ven afectados por la Litis en cuestión?*), son algunas de las preguntas que se podrán plantear a fin de hacer un análisis a conciencia del caso) para después asumir un análisis del auditorio privado (para ello requerirá situarse en el papel de la contraparte), siguiendo después el auditorio particular (aquí requerirá notar todas las consideraciones respecto al caso en la esfera jurídica y el mundo del derecho) para

---

<sup>125</sup> ATIENZA, Manuel, *Ibíd.*, pp. 23

finalmente, someterse al utópico auditorio universal (aquí la consideración de la opinión pública y su influencia en el caso toma gran importancia).

Del análisis detenido del auditorio, muchas de las conclusiones servirán de base para el siguiente paso: El sistema tópico de preguntas y respuestas. Como se dijo, este ejercicio, servirá para limitar el problema, determinar cuál es el tópico jurídico que se debate en la Litis y sobre todo, cuáles son los puntos débiles que puede tener una argumentación.

Finalmente diremos que esta fase es *perlocucionaria*, ya que corresponde al análisis y elaboración de razones que serán parte del discurso

### ***Inventio: Consolidación de los argumentos***

Del análisis de los hechos por medio de la tónica, obtendremos argumentos inobjetable. Vale decir que la irrefutabilidad no lo es todo ya que además de ello, el proponente deberá observar que los argumentos obtenidos tengan concordancia, pertinencia y sean correspondientes unos con otros. De nada sirve trabajar sobre argumentos heterogéneos y que no tengan conexión, ya que el discurso jurídico si bien no sigue una estructura lineal, debe ser homogéneo.

A partir de los argumentos simples de los que hemos hablado, podemos clasificarlas según corresponda en premisas relativas a la realidad (hechos, verdades y presunciones) y en premisas relativas a lo preferible (valores, jerarquías de valor y principios). Una vez realizada esta tarea, podemos potenciar dichos argumentos básicos mediante las estructuras argumentativas perelmanianas, es decir estructuras por **asociación** (v.gr. estructuras cuasi lógicas como son la opinión o las relaciones de todo y parte; o, estructuras basadas en la estructura de la realidad como son las relaciones causa /efecto o fines/medios) o por **disociación** (en las que se aplican criterio de diferencia como son las relaciones entre realidad y apariencia, o criterios de incompatibilidad)

Es necesario anotar en este punto, que en materia penal, se puede ampliar dentro de la *Inventio*, la aplicación de la teoría de la causa. La misma servirá como un examen previo que reforzará el argumento en lo que a los auditorios, privado y particular, se refiere.

Mediante la inclusión del estado de la causa se dividirán los argumentos de hecho y derecho para su análisis de la siguiente forma: a) una fase racional, enfocada al análisis de los hechos y que consta de tres filtros: una **fase conjetural** en la que se determinará si se cometió o no el acto; una **fase definicional** en la que se determinará si el hecho del cual se imputa al sujeto se adecuó a algún de los tipos penales; y, finalmente, una **fase de justificación**, en la que se determinará si, en el caso de haber cometido un acto que se adecuó a algún tipo penal, el mismo estuvo no calificado dentro de las circunstancias; y, b) material, en la que se analizarán los problemas que se puedan suscitar como resultado de la aplicación de la norma (es decir los denominados *casos difíciles*). Vale decir, que mediante la aplicación de la teoría de la *stasis* o estado de la causa, obtenemos otro filtro más en lo que a objeciones se refiere, adelantándonos así a cualquier aseveración que dentro del proceso se pueda formular respecto a los argumentos que se tengan sobre hechos y los sujetos partícipes.

Una vez que tengamos los argumentos establecidos y que aún sometidos a los distintos filtros de estas fases se hayan mantenido en pie, es momento de graficarlos en forma de actos de lenguaje, para así delinear la estrategia que se empleará en el discurso.

Como se dijo anteriormente, se necesita recoger toda la actividad jurídica, mental y lingüística en un solo esquema. De ahí, que consideremos que para estos efectos, el modelo más adecuado sea el creado por Stephen Toulmin. Sin embargo, a nuestro criterio, el diagrama de flechas planteado por Atienza en su obra "*Cómo analizar una argumentación jurídica*"<sup>126</sup> es aún más adecuado para llevar a la práctica lo antes descrito. El mismo se describe como un flujo de información en el cual las relaciones de inferencia por flechas conectan los distintos tipos de enunciados contenidos en diversos actos de lenguaje.

En dicha estructura, Atienza complementa a lo establecido por Toulmin y determina que los actos lingüísticos se resumen en: P: Pregunta o Problema General; S: Solución o Respuesta; Q: Cuestiones especiales que surgen a lo largo del proceso; SP: Suposiciones; A: Aserciones o Afirmaciones; y, N: Negaciones.

---

<sup>126</sup> ATIENZA, Manuel, *Ibíd.*, p. 31

A esto se debe sumar el hecho de que cada argumento será representado por un número. Con ello, la combinación de número y letra representará un argumento en particular respaldado en un acto lingüístico. La unión de varios puntos de derecho o argumentos particulares, termina representando una línea argumentativa. Así se habla de relaciones simples y de conjunto que se van tejiendo a lo largo del proceso argumentativo. De ahí, que hablar de un proceso argumentativo jurídico no es nada descabellado.

### ***Dispositio: Representación Material del Discurso***

En esta fase es requisito indispensable el tener completo todo el esquema argumentativo antes mostrado, ya que el manejo final de los actos de lenguaje nos permitirá saber la fuerza argumentativa que posee cada argumento que compone el discurso. Así, hablar de una representación material, implica extraer en forma de enunciados, las líneas argumentativas desarrolladas antes en forma de gráfico. Recordemos que los enunciados como tal expresan razones, argumentos in *strictu sensu*. De ahí, que el gráfico nos permita ubicar fácilmente los actos de lenguaje a abstraer a fin de plasmarlo en un solo escrito (si así lo dispone) o poder utilizarlos en una elocución discursiva (oratoria). En virtud de ello, el discurso en esta fase más formal, contendrá las mismas partes que ha contenido siempre

*Exordio o Introducción:* dependiendo del tipo de discurso que se maneje, se tratarán de: generales de ley (demanda), considerandos (sentencia) y argumentos que recapitulen la marcha del caso (alegatos).

*Narratio o exposición:* Con ayuda de los hechos descritos durante la Expositio o Fase Previa y los esquemas argumentativos de la fase de Inventio, el proponente expondrá de una manera concisa, clara y con un orden lógico y cronológico, todos los hechos que formen parte del caso. En esta parte el buen uso de calificadores modales es muy importante pues, otorgará fuerza a los hechos que sean más beneficiosos para los intereses del cliente, o que, en el caso del juez, hayan sido la base para su criterio de convicción sobre la solución de un conflicto.

*Demonstratio o argumentación*: Esta es la parte central del discurso. En ella todos los enunciados que se han obtenido a partir del esquema, serán los elementos sobre los cuales se centrará la defensa de un punto de derecho. Sobre el tema, Atienza distingue 5 tipos de enunciados principales que se pueden presentar en la fase argumentativa <sup>127</sup>(y que son argumentos puros) no sin antes plantear que los enunciados que se pueden representar en un discurso son infinitos. Así distingue:

a) *Enunciados Interpretativos*, es decir aquellos que aparecen a lo largo de la argumentación y que tratan de otorgar un significado a un texto oscuro, contradictorio o ininteligible. De ellos señala tres tipos a su vez: los propiamente interpretativos, que son aquellos que permiten interpretar puntos en virtud de su sentido deductivo; los enunciados interpretados como el "*entiéndase*" contenido en varias normas; y, finalmente, las reglas o cánones de interpretación que guían la forma en que se debe procurar interpretar un texto.

b) *Enunciados Teóricos*, es decir, aquellos que salen de la dogmática o de la doctrina pura. Al respecto, Atienza, los ubica dentro de las ramas dogmáticas y la teoría general del derecho. Muchos de ellos tienen la función de aplicar cánones o reglas de interpretación.

c) *Enunciados Jurisprudenciales*, es decir, aquellos que han salido de las decisiones de los jueces en casos análogos (jurisprudencia). Al respecto, Atienza estima que se deben considerar no sólo la *ratio decidendi* (parte medular de la sentencia) sino también las *obiter dicta* (considerandos especiales que haya realizado la judicatura al respecto v.gr. voto salvado).

d) *Enunciados Empíricos*, de los cuales distinguen: a) el hecho principal que se pretende probar (en otras palabras la pretensión); b) los hechos secundarios que se convierten en los denominados hechos probatorios sobre los cuales se establecen argumentos, y finalmente; c) las regularidades, es decir aquellas leyes científicas que garantizan el paso de lo probatorio a lo probado (v.gr. Afirmaciones de un testigo, prueba circunstancial, proposiciones inferidas o corroboraciones de prueba). Vale hacer, dentro de los hechos principales, una nueva subdivisión entre los denominados hechos constitutivos,

---

<sup>127</sup> ATIENZA, Manuel, *Ibid.*, pp. 47-49.

es decir, sobre los cuales se funda el derecho de acción, y las excepciones, es decir, aquellos que desvirtúan una hipótesis con carácter impeditivo, extintivo o modificatorio.

e) *Enunciados Valorativos*, es decir aquellos que si bien no forman parte del sistema jurídico expresan aprobación o desaprobación hacia algo. Esta es la ventana al auditorio universal y cuenta con uno de los elementos perelmanianos como son los lugares relativos a lo preferible. Es mediante los enunciados valorativos, que el profesional del derecho tiene un campo muy subjetivo sobre el que trabajar pues el impacto que se busque dar a la última de las audiencias depende del manejo que el abogado dé a este ámbito.

*Peroratio o conclusión:* en ella se deberá manifestar de la forma más pura y sencilla, la pretensión del proponente; dicha pretensión deberá tener un modo verbal similar al de la recapitulación, ya que en base a los argumentos de hecho como de derecho, con esta última fase, finaliza la *dispositio*, sin embargo en atención al método de Toulmin, se deberá someter al discurso y por consiguiente a todos sus argumentos, a los filtros posibles que se desprendan de sus garantías (normas y principios, ya que de análisis de posibles contingentes dependerá la precisión y fuerza del discurso como un solo cuerpo.

### ***Elocutio – Memoria – Actio***

Estas tres últimas fases resultan ser importantes en el ámbito perlocucionario, pues el correcto uso de los calificadores modales y la aplicación de argumentos de fuerza en los momentos precisos del discurso, determinaran el éxito. Recordemos, claro está, que la oralidad en los procesos se encuentra plenamente reconocida en la legislación ecuatoriana, por lo cual hablar de una elocutio meramente verbal no resulta descabellado.

Vale también decir, que hablar de memoria es referirse a un dominio completo del tema, pues muchas veces el éxito radica en tener un profundo conocimiento de detalles que aporten a la resolución de la causa y que hayan sido ajenos a los demás.

Finalmente en lo que refiere al *actio*, la misma a nuestro criterio deberá centrarse en tres aspectos fundamentales

- Respecto del discurso, se deberá buscar su perfección en base a la corrección lingüística de sus expresiones además del embellecimiento del texto.

- Respecto del proponente, se deberá tener presente el conocimiento y dominio que tenga sobre la causa, así como en el caso de que sea oral, el control de lenguaje corporal.
- Respecto al auditorio, se deberá evaluar si el discurso tiene la capacidad de llegar a por lo menos tres de los cuatro tipos de auditorios.

### 3.3. Aplicación del Discurso Argumentativo Jurídico: Desarrollo y Ejemplificación

A fin de ejemplificar el uso de las herramientas antes descritas y analizadas, aplicaremos nuestro modelo de desarrollo al ámbito en el que históricamente nació el discurso jurídico y sobre el cual, se dieron las primeras argumentaciones: nos referimos al Derecho Penal, rama jurídica por excelencia, y considerada por varios estudiosos como *el único derecho*.

Para ello, nos valdremos de un caso que tuvo gran resonancia a nivel nacional, en el cual, la falta de análisis de los argumentos por parte del juez, estuvo a punto de ocasionar la condena un inocente. La defensa llevada a cabo por los abogados defensores del injustamente imputado fue brillante al sacar a luz, de entre una serie de hechos confusos, los argumentos que permitieron demostrar que el “imputado” no tenía vinculación alguna con el delito por el cual se le estaba condenando. De ahí, que nos sirvamos de este caso como una de las mejores muestras de análisis argumentativo y de cómo a través del discurso se pueden componer los conflictos que se suscitan inclusive dentro del ámbito de la aplicación de derecho.

Las herramientas sobre las cuales discurriremos son la Sentencia de Primera y Tercera Instancia del Juicio seguido por el plagio y asesinato del empresario quiteño José Antonio Briz López<sup>128</sup>, así como las piezas procesales y los comentarios sobre la defensa al

---

<sup>128</sup> Gaceta Judicial. Año LXXXIV. Serie XIV. No. 5. Pág. 1179.

Sr. Leonardo López Monsalve emitidos por el brillante jurista Jaime Flor Vásquez<sup>129</sup>. Es necesario aclarar que la presente ejemplificación de limitará al análisis de discursos argumentativos previamente elaborados.

### 3.3.1. Contexto Histórico

El Ecuador, había atravesado un grave período de convulsiones políticas y sociales luego de que en el año 1971 fuese destituido el Dr. José María Velasco Ibarra. Así, entre el período comprendido en los años 1972 y 1979, ocurrieron dos dictaduras militares en el Ecuador: la primera, autodenominada como “Gobierno Nacionalista y Revolucionario de las Fuerzas Armadas” con el Gral. Guillermo Rodríguez Lara a la cabeza, que duró desde 1972 hasta 1976; y, la segunda, un Triunvirato Militar que duró desde 1976 hasta 1979.

Si bien, ninguna de las dictaduras tuvo un tinte represivo al contrario de lo que ocurría en el resto de América Latina, la bonanza económica que se vivió en aquel tiempo gracias al auge petrolero, permitió que se viva un ambiente hasta cierto punto “desarrollista”<sup>130</sup>, siendo consecuencia directa de ello el crecimiento de la clase media. Este fenómeno se dio a notar, entre otras cosas, con un mayor acceso de los jóvenes pertenecientes a este estrato social a la educación universitaria. Si bien la libertad de cátedra en las Universidades se encontraba restringida durante este período, la influencia de los fenómenos sociales sucedidos con motivo de la Guerra Fría en el mundo entero (como los acaecidos en Cuba con su revolución de 1959 y su posterior crisis con EEUU en 1962, en Francia con su primavera de 1968 y finalmente con el auge y caída del comunismo en Chile de 1973), lograron que varios jóvenes de la época, compartan dichas doctrinas y se reúnan con otros idearios, conformando así, grupos afines a dichas tendencias políticas. No se sabe con precisión cuándo ni cómo, dichos grupos pasaron a convertirse en grupos subversivos que, actuando como delincuentes comunes, cometían actos ilícitos a fin de llamar la atención del Estado.

---

<sup>129</sup> FLOR VASCONEZ, Jaime, *Alegatos y Estudios Penales*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2009, pp.41-96

<sup>130</sup> PAZ y MIÑO, Juan, *El Complejo Proceso de la Crisis Constitucional en el Ecuador*, Quito, 2002, referencia: 20 de Agosto de 2013, disponible en World Wide Web: <http://www.h-debate.com/debates/pazymino2.htm>

Mientras esto acontecía en el ámbito social, en el ámbito jurídico la realidad que se vivió no fue distinta. Anterior a su caída, el Dr. José María Velasco Ibarra había impulsado un nuevo proyecto de Código de Procedimiento Penal, el cual vio luz el 12 de Abril de 1971. En dicho código se hallaba una sistematización específica sobre algunas normas penales adjetivas. Este era el caso de las pruebas y de las confesiones. Con el ascenso de las dictaduras militares, dicho código sufre varias reformas que afectaron al avance del derecho penal y ocasionaron graves perjuicios a la sociedad en general.<sup>131</sup> Es así, como dentro de este contexto acontecen los hechos materia del conflicto sometido a nuestro estudio.

### **3.3.2. El execrable asesinato de José Antonio Briz López**

#### *3.3.2.1. Los Hechos*

**Ha:** El 29 de noviembre de 1977, el empresario quiteño José Antonio Briz López estaciona su vehículo cerca del Edificio de la Cámara de Industrias ubicado en la Avenida Amazonas y República. Al momento de bajarse de su auto, es interceptado por un grupo de personas quienes lo introducen a la fuerza en una camioneta marca Subaru. Posteriormente, se dirigen detrás del teatro Ñaquito ubicado en la Avenida Naciones Unidas, donde lo introducen en una furgoneta Toyota y se dirigen a Quevedo. Una vez ahí lo traspan a un jeep Nissan Patrol. A las 2h00 del 30 de Noviembre continúan en viaje al lugar de Majagua ubicado en el Cantón Pichincha de la Provincia de Manabí, en donde se hospedan en una casa rústica de dos pisos construida por los captores.

**Hb:** El 30 de Noviembre, los captores de Briz, obligan a que éste escriba a su mujer, Martha Alarcón de Briz, una misiva en la que pide no comunicar nada a la policía y reunir cuarenta mil dólares y cinco millones de sucres y entregarlos a Mons. Pablo Muñoz Vega.. Kléver Gia Bustamante, jefe de la banda, recibe la carta en Quito y la deposita en la Iglesia del Belén. Una vez ahí se comunica con Martha de Briz para retirar la misiva.

---

<sup>131</sup> VACA ANDRADE, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo I*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 4ta. Edición, 2009, pp. 93 y 94

**Hc:** Sor Francisca López Monsalve, Decana de la Facultad de Enfermería de la PUCE, recibe una misiva el 5 de diciembre del 77. En dicha carta se le especifica recibir un maletín negro de cuero de manos del cardenal Pablo Muñoz Vega y de dicho maletín tomar el dinero necesario para trasladarse a Cuenca y entregar el maletín según las indicaciones que allá se le darán. Dado que la religiosa toma a broma la misiva la desecha, motivo por el cual la tarde del 7 de diciembre, recibe una segunda misiva en la que se especifica que ella será responsable de la seguridad física de José Antonio Briz si no toma en cuenta dicha carta.

**Hd:** Preocupados por los sucesos, se reúnen Mons. Pablo Muñoz Vega, Martha Alarcón de Briz, Sor Francisca López Monsalve, Mons. Alberto Luna Tobar y el Capitán de la Policía, Leonardo Valdivieso. A la madrugada del 8 de Diciembre, el Capitán Valdivieso entrega una carta a Sor Francisca López de parte del cardenal, en la que Mons. Luna le dice que tiene todas las licencias para viajar tal como las notas lo indican. En virtud de dicha carta viaja con permiso de su superior.

**He:** El 8 de Diciembre a las 6h45, Sor Francisca López sale en vuelo de SAETA a Cuenca y se hospeda en la casa de su cuñado, el Econ. Enrique Serrano Cordero, según las indicaciones de la policía. Previo a esto, el capitán Valdivieso entrega a la monja un maletín de las características descritas. En el vuelo la religiosa abre la maleta para percatarse del dinero y halla sólo papel higiénico.

**Hf:** Francisca López llega a Cuenca y se hospeda según lo acordado. Sale la monja a comprar a la farmacia y un subteniente de apellido López la sigue. Para eso, el capitán Valdivieso pide se le dé el número de apartado postal de la Flia. Serrano López, siendo este el 1615. Poco después de ello, el menor Francisco Vega Baculima, mensajero de la familia retira de la antedicha casilla una carta anónima sin sello ni apartado postal en la que los captores se dirigían a Sor Francisca pidiéndole se ponga en contacto con el Padre Pedro Soto, en la Iglesia de los Sagrados Corazones en Cuenca, a quien deberá entregar el maletín. López hace todo lo posible por ponerse en contacto con el Padre Soto, pero no lo logra por cuanto éste había viajado a la parroquia de San Bartolo en Quito. Acaecidos estos hechos, Sor Francisca López Monsalve, regresa a Quito.

**Hg:** Con fecha 12 de Diciembre, en el atrio del Colegio de las Mercedarias en la ciudad de Quito, se produce un espeluznante hallazgo: en una caja de cartón y envuelta en una funda se encuentra la cabeza decapitada del Ing. José Antonio Briz López.

### 3.3.2.2. *Los Responsables*

Durante el período final de la dictadura militar de la década de 1970, el Ecuador atravesó un tiempo en el que, influenciados por el pensamiento de izquierda, muchos jóvenes *revolucionarios* eran atraídos por movimientos subversivos, ilusionados con lo que consideraban, se trataba de un *cambio social*. Sin embargo, los medios violentos por los cuales aspiraban lograr sus objetivos, no hacían sino que estos nuevos movimientos incurriesen en delitos comunes igual de execrables que los de bandas de criminales.

**A1:** El movimiento denominado “Montoneras Patria Libre” inició como un grupo orientado al estudio de las doctrinas marxistas y revolucionarias que la guerra fría traía consigo. Con el objetivo de consolidar al movimiento, requerían dinero. Bajo esta consigna no hallaron mejor forma para alcanzar este objetivo que la de ejecutar un plagio pedir un *rescate* a cambio de la libertad del plagiado.

**A2:** Hijo de ciudadanos españoles, el Ing. José Antonio Briz López era el *target* indicado al ser un exitoso empresario de la creciente industria textil ecuatoriana. Planearon el crimen, sin embargo desde el inicio el plan marchó mal ya que el primer intento de plagio (la noche anterior al perfeccionamiento del crimen) había fallado.

**A3:** El grupo subversivo estaba integrado por Kléber Elías Gía Bustamante, Gonzalo Salomón Molina Vélez, Jaime Fernando Dávila Ochoa, Jaime Fernando Abril Revelo, Ángel Guillermo Abril Revelo, Gustavo León Dávila, Dillon Germán Vera Chamba, Heri Humberto Villacís Díaz, Vicente Molina Vélez, Fernando Mao Tse Tung Viteri Zuñiga, Marco Antonio Pavón Palacios, Martha Beatriz Naranjo Manzano, Hilda Silvana Sáenz Ruiz, y Washington Dávila Ochoa.

**1a:** Fallido el primer intento, con 29 de noviembre de 1977 un primer grupo integrado por Kléber Gía Bustamante, Jaime Fernando Dávila Ochoa, Ángel Abril Revelo, Heri Humberto Villacís, Vicente Molina Vélez, Fernando Abril Revelo y Marco Antonio

Pavón Palacios ocupando dos vehículos, una camioneta Subaru conducida por Gonzalo Molina Vélez, y una camioneta marca Datsun 1200 conducida por Marco Pavón, intercepta al empresario Briz López en las afueras del Edificio de las Cámaras y lo conducen a la fuerza al interior del primer vehículo. Se dirigen hasta una calle transversal, tras el edificio de la Unión Nacional de Periodistas, donde les esperaban en una furgoneta Toyota Hice, Mao Tse Tung Viteri Zuñiga e Hilda Silvana Sáenz Ruiz.

**2a:** Trasladan de vehículo a la víctima y con Gonzalo Molina Vélez al volante, parten con destino a la ciudad de Quevedo en donde hacen un nuevo trasbordo a un Jeep Nissan Patrol, automóvil con el cual continuaron el viaje hasta una cabaña rústica de dos pisos construida en el sitio de Majahua Lote No. 3, de la Cooperativa Manabí, Parroquia Pichincha, Cantón Bolívar de la provincia de Manabí, a donde llegaron a las dos de la mañana del 30 de noviembre de 1977. Ahí, albergaron a la víctima en el segundo piso de dicha cabaña.

**1b:** El mismo día Gonzalo Molina ordenó a la víctima que escribiese una misiva dirigida a su esposa en la que le comunicaba que había sido secuestrado, razón por la cual le pedía que no comunique el particular a la policía y que acceda al pago que se indicaba, a razón de rescate.

**2b:** Dicha carta fue transportada por Marco Pavón Palacios a la población de El Empalme y entregada a Fernando Dávila Ochoa, quien a su vez la trajo a Quito y se la entregó a Kléber Gía Bustamante. Ambos acudieron a depositar la misiva en conjunto con otra carta escrita por los captores en la cual solicitaban el pago de cuarenta mil dólares y cinco millones de sucres como condición para la liberación, en la Iglesia del Belén. Una vez hecho esto, Gía Bustamante llamo por teléfono a la esposa del empresario, la Sra. Martha Alarcón de Briz a fin de que ella acudiese a retirar las mencionadas cartas.

**3b:** Con fecha primero de diciembre de 1977, Kleber Gía ordenó a Fernando Dávila Ochoa, se traslade al Empalme, para que tome contacto con Marco Pavón Palacios y obtenga dos cassettes gravados por el señor Briz. Dávila cumplió con la orden y el día dos de diciembre a eso de las cinco de la tarde, entregó a Gía dichos cassettes, los cuales fueron entregados con fecha 5 de diciembre a la Sra. Martha Alarcón de Briz.

**4b:** En conjunto con los cassettes, los captores avisaban a la esposa de Briz que, por el hecho de haber dado aviso de sus exigencias a las autoridades, se otorgaba como plazo máximo para la entrega del dinero las 14h00 del 6 de Diciembre 1977. La entrega debería hacerse a Mons. Pablo Muñoz Vega.

**1c:** El mismo día los captores hicieron llegar dos cartas más, una a Mons. Muñoz Vela informándole que debía actuar como mediador y otra, con el mismo motivo, dirigida a Sor Francisca López Monsalve.

**2c:** Debido a que ambas cartas, no fueron tomadas en serio, los captores volvieron a enviar sendas misivas tanto a Mons. Muñoz Vela como a Sor López Monsalve, advirtiéndoles que debían actuar como se les había encomendado, haciendo llegar el dinero a la ciudad de Cuenca el día 8 de Diciembre de 1977.

**1e/ 1f:** Conociendo que Sor López Monsalve se había trasladado a Cuenca, con fecha 8 de diciembre, Kléber Gía se comunica con su contacto en Cuenca. A las 11 de la mañana de mismo día, Kléber Gía dirigió un mensaje telefónico a Fernando Dávila Ochoa, por intermedio de la señora Clara Luz Figueroa, empleada del almacén de Malatería con la clave: *“la compra de los carros no se realizó porque estaban muy caros, hay muchos compradores, todo ha fallado”*.

**2f:** Fernando Dávila, al recibir el mensaje, viajó inmediatamente de Quito al Empalme, y comunicándose vía walkie talkie con Marco Antonio Pavón Palacios en la cabaña de Majahua, le pidió que salga inmediatamente a ponerse en contacto con él. Ahí le comentó el fracaso de la operación y que dados los acontecimientos, debían dar muerte a José Antonio Briz López.

**1g:** Con fecha 10 de Diciembre, a eso de las 2h00, Marco Pavón informó al grupo del fracaso del rescate, y a eso de las 7:45 de la mañana, haciendo creer a Briz López que iba a ser liberado, le pidió que se afeite y tome unas pastillas para dormir a fin de que no sepa el lugar de su localización y no comprometa a los secuestradores.

**2g:** He ahí, que el grupo reunido en Majahua y compuesto por Gonzalo Molina Vélez, Vicente Molina Vélez, Ángel Abril Revelo, Fernando Abril Revelo, Marco Antonio

Pavón Palacios, Gustavo León Dávila y Martha Beatriz Naranjo Manzano, realizó un sorteo para determinar a quién correspondería dar muerte al señor Antonio Briz.

**3g:** De dicho sorteo, Gustavo León Dávila fue el *favorecido*; sin embargo, al anunciar a toda voz que era el quien debía ejecutar a la víctima, fue relegado inmediatamente procediendo a realizarse un segundo sorteo. En esta ocasión, la suerte recayó sobre Marco Antonio Pavón quien tomó el revólver y disparó al señor Briz de frente hacia el tórax izquierdo. Seguido de ello, Fernando Abril Revelo, quitándole el arma hizo un segundo disparo en el tórax de la víctima, el cual perforó su corazón. Minutos después, los hermanos Abril Revelo, decapitaron el cadáver del occiso, valiéndose de un machete pequeño en forma de cuchillo, cubrieron la cabeza con una sábana, lo colocaron dentro de una caja de cartón de Whiskey y enterraron el cuerpo del cadáver en una fosa cercana a la cabaña.

**4g:** Después de destruir las evidencias, los miembros del grupo se embarcaron el jeep Nissan Patrol con destino a la ciudad de Quito, bajándose cinco personas en el trayecto, de dos en dos, y quedándose hasta el final, únicamente Marco Pavón y Martha Naranjo, quienes dejaron el cartón con la cabeza del señor Briz en el atrio de la capilla de la Virgen del Consuelo del Colegio de las madres Mercedarias y se retiraron pasadas las diez de la noche del 11 de diciembre de 1977.

### 3.3.2.3. *El Tipo Penal Aplicable*

De los hechos citados anteriormente se desprende que nos hallamos ante el delito de plagio. Al respecto la doctrina establece:

**Et1:** Cuando el apoderamiento físico de una persona se produce con una finalidad distinta a la sexual, como para cobrar rescate (...) o para obtener alguna utilidad o entregar alguna cosa, esto constituye el Elemento Objetivo del tipo penal, a cambio de la liberación del plagiado, nos encontramos ante la figura denominada Plagio.<sup>132</sup>

---

<sup>132</sup> DONOSO CASTELLÓN, Arturo, *Derecho Penal Parte Especial: Delitos contra las Personas, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2007, pp.115-117*

**Et2:** Este tipo penal de plagio por su propia naturaleza se clasifica como delito permanente, porque se consuma desde el instante en que el plagiario tiene en su poder y bajo su control físico la libertad ambulatoria del plagiado (...). Es forma especial Agravada aquella en la que además del plagio (...) el plagiado (...) hubiera muerto como consecuencia del delito; es importante señalar, en este caso que hay un paratipo de asesinato, cuando el sujeto pasivo del plagio muriese o a consecuencia o estando en poder de los plagiario sin necesidad de establecer si tal fallecimiento se produjo por un acto deliberado para provocar su muerte.<sup>133</sup>

Por tanto, tenemos que la **conducta típica** es el *apoderamiento físico de una persona con una finalidad económica*. Tanto sujeto activo como pasivo no poseen ninguna condición en particular, pudiendo ser cualquier persona en ambos casos. En virtud del tiempo de la doctrina expuesta se desprende que se trata de un delito permanente que se consuma con el apoderamiento y se extiende hasta la liberación del sujeto pasivo sin distinguir medios específicos para efectuar dicho apoderamiento.

Finalmente, el Código Penal aplicable para la época disponía sobre el delito de plagio en su artículo 188 lo siguiente:

**En1:** Art. 188.- El delito de plagio se comete apoderándose de otra persona por medio de violencias, amenazas, seducción o engaño, sea para venderla o ponerla contra su voluntad al servicio de otro, o para obligarla a pagar rescate, o entregar una cosa mueble, o extender, entregar o firmar un documento que surta o pueda surtir efectos jurídicos, o para obligar a un tercero a que ejecute uno de los actos indicados, tendientes a la liberación del secuestrado.

En virtud de lo anterior, sobre la pena establecía:

**En2:** Art. 189.- El plagio será reprimido con reclusión menor extraordinaria, de nueve a doce años, o, en su caso, con las penas que se indican en los números siguientes:

8o.- Con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, si se hubiere producido la muerte de la víctima durante el plagio, o por consecuencia de éste.

#### *3.3.2.4. Análisis de Confrontación Tópico Retórico*

---

<sup>133</sup> Id.

*Presupuesto Fundamental:* Es necesario tener en consideración los Enunciados Normativos (En) así como también los Enunciados Teóricos (Et) como condiciones previas a evaluar los hechos (H). Es claro que existen Afirmaciones (A) que comprueban los hechos y lo fundan en hechos secundarios (1a, 1b, etc), por lo cual es necesario considerar que las mismas servirán de base para elaborar cualquier discurso.

**Auditorios Personal y Privado:** En virtud de estos auditorios, los abogados de la defensa debieron considerar los grados de participación de sus clientes. El delito por el cual se los juzgó fue de plagio con resultado de muerte. Por su parte, la parte acusadora, debió tener en cuenta las agravantes en las que se incurrió en el presente caso. Finalmente, el juez debió tomar plena consideración de todos los elementos constitutivos de los delitos y establecer, en base a pruebas ciertas y contundentes la responsabilidad de cada uno de los partícipes en virtud de su acciones.

**Auditorio Particular:** La prueba en este caso constituyó un verdadero desafío para las partes procesales. Es necesario tener en cuenta también que el juzgamiento del presente delito implicaba un avance para el derecho penal de la época toda vez que se debía distinguir el delito común de lo que podía parecer era un delito con tintes políticos.

**Auditorio Universal:** La vida de un hombre y su execrable muerte cobran una especial relevancia en el auditorio universal. Era sencilla la mediatización del caso dadas las circunstancias del mismo. La inocencia no era el tópico de derecho sobre el que se iba a basar esta primera instancia, sino lo que el auditorio universal tenía en la mira era establecer a toda costa la culpabilidad de alguien sobre tan infausto suceso. De ahí, que la presión que la misma ejerció sobre el juez, sumado a la fuga de los verdaderos responsables, es la que repercutió en una sentencia fallida, con la cual se buscó un chivo expiatorio en ausencia de los auténticos responsables. Ésta es una muestra de que la no consideración de la presión que ejerce el auditorio universal termina perjudicando al Derecho.

#### *Sobre el Sistema Tópico de Preguntas y Respuestas*

**P1:** ¿Se trató de un plagio?

**S1:** El Enunciado Normativo 1 (En1) define lo que el Código vigente a la época establecía como el delito de plagio. El Hecho a (Ha) compuesto a su vez de las afirmaciones A1 y A2 y éstas a su vez de los hechos secundarios 1a y 2<sup>a</sup>, establece en virtud del Enunciado Normativo 1, que se trató del apoderamiento físico de una persona,. Mientras que el Hecho b (Hb), compuesto a su vez de los hechos secundarios 1b, 2b, 3b y 4b, muestra que, en aplicación del En1, se trató de un apoderamiento a fin de obtener un rescate con la liberación del sujeto plagiado. Por ende el presente caso **si se trató de un plagio**

P2: ¿Cuál es la pena a aplicar?

S2: Tomando como punto de partida el Enunciado Normativo 2 (En2) y la Solución 1 (S1), podemos establecer que, en consideración del Hecho f (Hf) (y sus los hechos secundarios 1f y 2f) y de manera especial el Hecho g (Hg) (y sus hechos secundarios 1g-4g), se trató de un **plagio en el que se produjo la muerte de la víctima. Por lo cual, se debe aplicar la pena de 12 años de prisión para los autores de dicho delito.**

### **3.3.3. Sobre la supuesta participación de Leonardo López Monsalve: su Defensa**

Leonardo López Monsalve, ciudadano ecuatoriano, de profesión estudiante, fue vinculado con los hechos debido a sus relaciones con varios de los sujetos involucrados en los hechos. Hombre de férreo pensamiento de izquierda, casado con mujer de nacionalidad cubana, trabajaba como comerciante de libros y enciclopedias a lo largo del territorio nacional.

Hermano de Sor Francisca López, su amistad con el líder del movimiento, Kleber Gia Bustamante, erróneamente lo terminó vinculando con tan infausto suceso. Apodado “Chocola” por su familia, se vio involucrado dentro del caso por declaraciones que lo relacionaban con un supuesto miembro del grupo a quien apodaban “Choco”. Siendo injustamente perseguido tanto él como su familia, fuga hacia Colombia a fin de que su

mujer y su hija, por medio de la embajada de Cuba en Colombia, pudiesen viajar a su país para así evitar el infierno que les perseguía como resultado de una injusta acusación.

Es así, como estando en territorio colombiano, corre con la “suerte” de hallarse con los también prófugos, Kléver Gía Bustamante y Fernando Dávila, con quienes al cabo de poco tiempo, sería capturado y deportado al Ecuador. He ahí que inicia un auténtico calvario para López Monsalve.

### *3.3.3.1. La Sentencia de Primera Instancia.*

De la sentencia emitida por el juez Facundo del Salto se hallan los siguientes puntos de Derecho en su considerando cuarto:

**A1:** a) Su amistad con Klèber Gìa Bustamante y sus viajes constantes a esta ciudad a entrevistarse con él antes del secuestro del Sr. Antonio Briz, durante el cautiverio de éste y después de su asesinato. Así lo dice el mismo sindicado al rendir su confesión ( fs. 1107-1119 ), que se vio con Klèber en el edificio Gabriel Mistral en Santiago de Chile en el tiempo del gobierno de Salvador Allende; que en 1976 se hospedó varios días en casa de Klèber Gìa en esta ciudad; que en 1977, dio hospedaje a Klèber Gìa en la ciudad de Cuenca, en su paso a la de Machala; el mismo año se hospedó en casa de Klèber Gìa, con su esposa en esta ciudad; que el día cinco de diciembre de 1977, Klèber Gìa le consiguió hospedaje en casa del Ing. Patricio Carrillo en esta misma ciudad; que ha dicha casa le llevó Klèber Gìa en el auto Subaru, que fue empleado en el secuestro del señor Briz; que en Bogotá se alojó con su esposa e hija en la misma pieza de la casa de la familia Bravo Malo, en la que estaban hospedados Klèber Gìa Bustamante y Gonzalo Molina Vélez por el por el delito de asesinato cometido en la persona del Sr. Antonio Briz; que tuvo cita con Gonzalo Molina en un salón de la calle Caracas de la ciudad de Bogotá, donde fueron ambos capturados, al salir del salón, por miembros del servicio de seguridad colombiana;

**SPI:** b) Planeó la obtención del rescate, haciendo intervenir como mediadores, a su hermana Sor Francisca López Monsalve, con quien tuvo entrevistas en esta ciudad antes de su viaje aéreo a la ciudad de Cuenca; que su hermana pidió al General Valdivieso que le permita viajar con su hermano Leonardo de Quito a Cuenca, porque sabía que portaba un tique de la compañía San ( fs. 849-851 ), que su hermana transportó el maletín con el dinero entregado por la policía en el Campo de Aviación, y durante el viaje observó que en su

interior había únicamente papel periódico; que Sor Francisca López regresó con el maletín desde Cuenca, a esta ciudad, y que Leonardo López supo en la ciudad de Cuenca, del fracaso del rescate, porque él entregó un mensaje escrito a Klèber Già, con el siguiente texto: “que se largue inmediatamente, que todo está rodeado de Agentes y que todo ha fallado” ( fs. 146). Que Klèber Già después del asesinato del Sr. Briz, dijo: que èl estaba en peligro era el contacto en Cuenca (choco) (fs. 147) y si es que le detuvieran èl tendría que desaparecer de aquí. Así mismo Klèber Già, dijo a Fernando Dávila Ochoa que no pudo ponerse en contacto personalmente con choco (en Cuenca), ya que estuvo muy nervioso (fs., 146)

**SP2:** c) Utilizaba nombres supuestos o apodos para ser conocido por sus amigos del grupo. Así su hermana Sor Francisca López Monsalve dice que su hermano tiene el mote de chocola (fs.34-56), Klèber Già afirmó que el contacto en Cuenca (Choco) estaba encargado del rescate (fs. 44) que en Bogotá era conocido con el nombre de Jorge ( fs. 493-494);

**A2:** d) Portó una grabadora Panasonic, un cassette y libros revolucionarios cuando se hospedó en la casa del Ing. Carrillo ( fs. 234-235);

**SP3:** e) Hizo intervenir como intermediarios del rescate a otras personas, como el Padre Soto, a la señora Cecilia Muñoz de Montesinos, y como portador de las cartas en la ciudad de Cuenca, al mensajero de su hermano Rodrigo, el menor Francisco Vega Baculima ( fs. 234-235)

**A3:** f) En un papel amarillo, tenía anotados varios nombres con números telefónicos así: Klèber; 247-871; Pía Monge Galindo-Jorge Páez 242-Avenida la Prensa teléfono 249-820; Sor Francisca (decanato) teléfono 239-147 y 52902 (fs. 269)

**SP4:** g) Subió el cajón de la camioneta Datsun de color blanco el momento que Klèber Già, Fernando Dávila e Hilda Sáenz, daban vueltas por el centro de esta ciudad, calles García Moreno y Sucre, y que se quedó cerca de la Facultad de Medicina calles Sodiro y Gran Colombia ( fs. 138 );

**SP5:** h) En el aeropuerto de esta ciudad se entrevistó con Klèber Già y conversó en voz baja, cuando el 8 de diciembre de 1977, Klèber Già se estacionó en la misma camioneta, acompañado de Hilda Sáenz, frente a dicho aeropuerto. 1 La sindicada Hilda Sáenz al ampliar su declaración indagatoria a fs. 567 y contestar al interrogatorio formulado por

Leonardo López, se contradice de las afirmaciones anteriores y expresa que no conoce a Leonardo López, y que no puede asegurar que el día 8 de diciembre de 1977, en el aeropuerto, en que Klèber Gia se encontró con una persona, ésta sea Leonardo López, tal contradicción revela la malicia con que ha contestado las repreguntas en el afán de descargar la responsabilidad del sindicato Leonardo López, engañando a la justicia

### *3.3.3.2. Los Hechos que lo vincularon con el delito.*

Fueron cuatro situaciones en particular que involucraron a Leonardo López Monsalve y sobre las cuales el Juez de Primera Instancia, muy descuidadamente emitió su criterio:

**H1:** *Sobre su amistad con Kléver Gia Bustamante.*- Tuvo contacto con él en contadas ocasiones desde el año 1973, cuando ambos se encontraron en Chile antes de la caída del Gobierno de Allende. En su declaración, López Monsalve afirmó ser amigo de Gia Bustamante. Relataba que, si bien no mantenía un contacto cercano, Gia siempre fue muy atento con López cuando él le solicitaba hospedaje. En efecto, se hospedó por varios días en su casa en el año 1976 en Quito. Así también, años después, siendo residente en la ciudad de Cuenca decidió legalizar la situación migratoria de su hija y su mujer mediante gestiones en el Ministerio de Relaciones Exteriores, para lo cual obtuvo hospedaje en la casa de la Lcda. Clemencia Gía, hermana de Kléver Gia Bustamante. Igualmente, en noviembre de 1977, con motivo del fallecimiento de su suegro, decidió viajar con su mujer a Bogotá para gestionar la venida de su suegra a Cuenca en la Embajada Cubana en Colombia, y, a su retorno por vía terrestre, llegaron a Quito a eso de las diez de la noche, y sin poder continuar el viaje hacia Cuenca, tuvo que volver a solicitar hospedaje por esa noche a Gia Bustamante. Relata, finalmente que los primeros días de diciembre de 1977 tuvo que viajar a Guayaquil retornando a Quito el 5 del propio mes y año y como no encontró alojamiento, nuevamente llamó a pedir alojamiento a Gía quien, negándosele por tener otros huéspedes, lo condujo a la casa de un Ingeniero Carrillo. Es importantísimo también tener en consideración que dentro de las declaraciones de Gia, y del resto del grupo, negaron rotundamente la participación de López Monsalve. Ni siquiera le conocían.

De ahí que el mismo Gia haya negado que el mismo haya sido apodado “Choco” o que era su contacto en Cuenca. Merecen especial consideración, las declaraciones de Hilda Sáenz, quien dijo haberlo visto bajarse de la Datsun. Poco después, ella se retractó de dicha declaración, al volver a observar la fotografía de López Monsalve. No obstante, el juez prefirió continuar con una declaración inicial que lo único que buscaba era sostener la culpabilidad de quien no lo era

**H2:** *Sobre su filiación con Sor Francisca López Monsalve.*- Como se sabe, Leonardo López Monsalve era hermano de Sor Francisca López Monsalve. Familiarmente, tenía el sobrenombre de “Chocolas”, sobrenombre que más allá de su familia, nadie conocía. Respecto a su encuentro en Cuenca el día 8 de Diciembre, fue sorprendente, ya que él desconocía que su hermana se iba a movilizar para Cuenca. Si bien, él tenía comprado un boleto aéreo en SAN para esa fecha, la única que conocía de ello era su hermana, quien sabía que su hermano había tenido que quedarse en Quito debido a que, por las fiestas de la ciudad, no había podido conseguir boleto aéreo sino hasta el día 8 y es por ello que la misma, ante la situación terrible que se encontraba atravesando, pidió autorización a la policía para viajar en compañía de su hermano.

**H3:** *Su afinidad y simpatía con la izquierda revolucionaria.*- De las declaraciones se desprende que Leonardo López Monsalve simpatizaba con las ideas de izquierda, Sin embargo ¿podía representar aquello la coparticipación del mismo en un delito tan grave? Al resto de miembros del movimiento Montoneras Patria Libre ni siquiera los conocía. Su relación de amistad con Gia Bustamante era meramente coincidental, de antiguos amigos. El hecho de que se lo haya tratado de inculpar por haber tenido cassettes y libros “revolucionarios”, no tiene ninguna cabida dentro de un considerando jurídico. Claro que para el contexto histórico que se vivía en la época, estos hechos eran “base suficiente” para establecer la culpabilidad en un inocente.

**H4:** *Su fuga a Colombia tras ser involucrado con el suceso.*- De los sucesos acaecidos con posterioridad, se tiene que la Policía empezó a buscar culpables donde no los había, así, luego de que casi ocasionan la muerte de Sor Francisca López, se ensañaron con su hermano Leonardo. Publicaron fotos de él y su familia en los aeropuertos del país, involucrando también a su mujer y su pequeña hija dentro del supuesto cometimiento del

delito por el que se le perseguía. Perdido y sin hallar solución en el país, decide ir hacia Colombia por el bienestar de su mujer y su hija, ya que al tener la primera nacionalidad cubana, podía viajar directamente hacia la isla por medio de la Embajada de Cuba en Colombia. Así, confiado en ello, embarca a su familia en un vuelo que hace escala en Panamá, mientras él se queda en Colombia. Estando ahí, se encuentra con Già Bustamante y Molina, quienes comprendiendo también su situación, le dan hospedaje en la casa de la familia Bravo Malo, donde los capturaron. Es necesario estimar la absurda consideración del juez de primera instancia quien dice que él y su familia, fueron hallados en la casa de la Flia. Bravo Malo en Bogotá. Vale simplemente tomar en cuenta el interrogatorio que se llevó a cabo contra la familia del injustamente encausado en Panamá para desvirtuar esta absurda afirmación.

### *3.3.3.3. Las Consideraciones Penales Aplicables.*

El Código de Procedimiento Penal aplicable para la época disponía sobre la **prueba plena** lo siguiente:

**En1:** Art. 108: No se podrá dictar sentencia condenatoria si no hay en el proceso, legalmente producida, prueba plena sobre la responsabilidad del sindicado.

Entiéndase por prueba plena aquella que demuestra de un modo positivo la responsabilidad o culpabilidad del acusado

La duda debe resolverse a favor del imputado cuando no haya modo de eliminarla.

Mientras que en lo correspondiente a la **valoración de la prueba** disponía:

**En2:** Art. 109.- Toda prueba, especialmente la testimonial, será apreciada conforme a las reglas de la sana crítica.

El juez tomará cuidadosamente en cuenta las condiciones de idoneidad de los testigos y apreciará el mérito de las declaraciones sin estar sujeto a prescripciones fijas de número ni de calidad.

Apreciará del mismo modo la declaración indagatoria, la confesión y la declaración instructiva, tomando en cuenta las circunstancias del proceso.

Por otra parte sobre la **confesión** determinaba:

**En3:** Art. 139.- La confesión del sindicado debe ser apreciada en forma indivisible, siempre que no exista prueba plena que desvirtúe en forma completa la parte favorable al confesante.

Y, finalmente, sobre las **presunciones** establecía:

**En4:** Art. 189.- Las presunciones que el juez deduzca han de basarse siempre en suficientes indicios

**En5:** Art. 190.- Para que las presunciones constituyan prueba plena es necesario:

1. Que la existencia de la infracción o evento material conste por medio e pruebas directas e inmediatas
2. Que se funden en hechos reales y Probados y nunca en otras presunciones y,
3. Que los indicios sean: varios, reuniendo cuando menos el carácter de anteriores al hecho o concomitantes con el mismo  
Relacionados con el hecho primordial que debe servir de punto de partida para la conclusión que se busca:  
Unívocos es decir que todos reunidos no puedan conducir a conclusiones diversas;  
Directos, de modo que conduzcan lógica y naturalmente al hecho que se trata; y,  
Concordantes los unos con los otros, de manera que tengan conexión entre si y se relacionen sin esfuerzo

#### *3.3.2.4. Análisis de Confrontación Tópico Retórico*

*Presupuesto Fundamental:* Es necesario tener en consideración el siguiente presupuesto: En este caso ya no se trata de conjugar a los enunciados teóricos y normativos (En) sino que lo que se busca es desvirtuar las distintas suposiciones (SP) que han salido a partir de la sentencia de primera instancia. Para ello las herramientas serán los hechos (H) las afirmaciones (A) y en el caso de existir, los hechos secundarios (1a, 2b, etc.)

Auditorios Personal y Privado: La consideración de estos auditorios merecen especial análisis al discurrir los hechos que anteceden. Por una parte se encuentran los abogados defensores de Briz quienes, considerando la no conectividad de los hechos con las suposiciones que vinculaban a un inocente, debían buscar la forma y los argumentos necesarios para demostrar la gravísima falta por parte del juez de primera instancia. Por otra parte, los abogados particulares de la Sr. Martha Alarcón Viuda de Briz, debieron haber buscado la forma de esclarecer totalmente la responsabilidad de López Monsalve, ya que, considerando la magnitud del crimen, lo que menos podía admitirse era dar licencias que permitiesen dejar libre a un culpable. Finalmente, quien cargaba con la mayor responsabilidad era el juez, quien debía subsanar los perjuicios causados por una sentencia controvertida. En su poder se hallaba el declarar culpable a un inocente o el dejar libre a un culpable. De ahí que el correcto análisis de los argumentos, era la pieza clave para la solución de este conflicto jurídico.

Auditorio Particular: El manejo de la prueba mereció un trato especial en este caso, tanto es así, que el mismo constituye jurisprudencia sobre lo que prueba indiciaria refiere. Los hechos y su evaluación eran de especial atención para el ámbito jurídico, ya que la decisión de los jueces establecería las normas procedimentales que se deberían seguir sin lugar a dudas para la consideración de hechos dispersos como los que componen el presente conflicto

Auditorio Universal: A los ojos de la opinión pública se debatían dos tópicos: por una parte la inocencia y por otro la venganza. La muerte de quien en vida fue José Antonio Briz López, había escandalizado a la sociedad ecuatoriana y lo que más se buscaba era condenar a los responsables. Dentro de éste ánimo de venganza, ¿podía aparecer una luz de esperanza que revelase la inocencia de uno de los supuestos culpables? Ésta fue la ardua tarea de los abogados de López Monsalve, quienes con maestría y perfecto manejo de un esquema argumentativo, lograron demostrar su inocencia.

#### *Sobre el Sistema Tópico de Preguntas y Respuestas*

**P1:** ¿Tuvo López Monsalve vinculación con el hecho delictivo?

**S1:** De la correcta evaluación de los Hechos del 1 al 4 (H1-Ha) se tiene, en virtud del Enunciado Normativo 5, (En5) que no se trataron ni de verdaderos indicios, ni los mismos pudieron constituir prueba plena para emitir sentencia por parte del ente juzgador (En1). De lo dicho en primera instancia, se tiene que apenas dos son afirmaciones comprobadas (A2 y A3) y la Afirmación (A1) goza de comprobación parcial. Las suposiciones comprendidas como SP1, SP2, SP3 SP4 Y SP5, se desvirtúan con el solo uso de los hechos comprobados que constan de números 1 y 2 (H1 Y H2). De ahí, que en virtud de dicho análisis, se concluya que López Monsalve no tuvo relación con el caso.

P2: ¿Se debe aplicar alguna pena?

**S2:** Tomando como punto de partida la Solución 1 (S1) y el Enunciado Normativo 5 (En5), se concluye que lo que existió en el presente caso fueron suposiciones inculpatórias (SP) de ahí que en consideración del Enunciado Normativo 1 (En1) no puede existir sentencia condenatoria sobre Leonardo López Monsalve.

## CONCLUSIONES

El discurso es una herramienta compleja, desarrollada y explicada por primera vez en la Rhetorika de Aristóteles. Su aplicación y perfeccionamiento en el campo jurídico tuvo lugar en la antigua Roma.

La actividad esencial del discurso es la argumentación. La misma es una actividad racional, relativa al lenguaje, en la cual se exponen razones que son la parte central de un discurso.

Los razonamientos encuentran en el lenguaje, su expresión en el mundo material; de ahí que el lenguaje, no es un simple medio para comunicar la argumentación, sino que la acción de argumentar se fundamenta en la utilización del lenguaje.

La argumentación presupone la existencia de un conflicto, problema o una cuestión que requiere ser explicada o expuesta y posee dos puntos de vista: como proceso y como producto. Como proceso, es decir, como la actividad de argumentar, fijándose a las partes del problema como premisas, y a la solución como la conclusión del mismo.; y, como producto, es decir, como el enunciado resultante de aquel proceso. En tal sentido, la noción de argumento es eminentemente funcional ya que un enunciado o un conjunto de los mismos, puede verse como argumento o no, dependiendo de su contexto.

La dificultad en la definición de un concepto general de argumentación siempre ha estado presente. Sin embargo, reuniendo todos los elementos proporcionados por las características generales hemos aspirado a una definición, estimando, por tanto, que argumentación jurídica es: “La actividad racional basada en el uso específico del lenguaje aplicado en la ciencia del Derecho, por la cual, cualquier profesional de la rama, puede formular una serie de razones vinculadas entre sí, denominadas argumentos, enfocadas en promover la solución de una cuestión gracias a la aceptación y adhesión, mediante el uso inseparable de la convicción y persuasión, del auditorio a quien se dirige (sea este particular –juez, tribunal, cliente u otro profesional- o universal –entendida como toda la esfera jurídica- ) el discurso jurídico del cual es su esencia.”

La Idea de argumentación jurídica, se la concibió en su forma actual, a partir de la segunda mitad del S.XX, luego de que sus tres fuentes al fin fuesen admitidas en unidad y en especial, luego de que dialéctica y retórica, fuesen restauradas a su natural esencia como dualidad complementaria, gracias al desarrollo de nuevas ciencias y el desvanecimiento de antiguas concepciones

A partir de la segunda mitad del S. XX, podemos recién hablar de una Teoría De la Argumentación Jurídica, ya que en la esfera jurídica se halla el campo de mayor aplicación del discurso y de la argumentación en sí, teniendo como pilares fundamentales a la lógica, la retórica y la dialéctica. Es, durante este nuevo periodo que aparecen tres concepciones y enfoques, que a pesar de haber aparecido a lo largo del tiempo, deben ser considerados como sucesivos y complementarios.

Sobre la concepción formal y el enfoque lógico, podemos decir que pone énfasis en el estudio de la lógica y del lenguaje lógico como criterio de racionalidad y de validez formal de los argumentos jurídicos, siendo ésta, la base de sus estudios. La resolución de las situaciones jurídicas planteadas como problemas formales, se establecen como el objetivo primario de esta concepción. La aplicación del enfoque lógico se plantea entonces, como la abstracción del mundo jurídico a un lenguaje racionalizado; por tanto, se introduce las nociones lógicas como mecanismos básicos, para la composición de conflictos jurídicos.

La concepción material y el enfoque retórico por su parte, considera que el requisito de validez formal planteado por la lógica, no se aplica para todos los casos, y por tanto su abstracción lógica, muchas veces resulta imposible. Es así que para este enfoque, la importancia radica en el contenido de los argumentos y su aceptabilidad por parte de un auditorio.

Finalmente la concepción pragmática y su enfoque dialógico, se establece como la conjugación de las concepciones anteriores y se presenta al estudio como de la interacción de argumentos entre las partes. De ahí, que el dialogo presenta como objetivo principal la defensa o el ataque dialéctico-retórico de una tesis, afirmado en el pre-diseño de estrategias

que cada una de las partes expondrá, confiriendo a su argumento fuerza explicativa y aplicativa orientada a elevar el nivel dialógico.

Es por ello, que la pragmática en conjunción con el derecho, lo reformula y lo redefine como una actividad compleja basada en el análisis, la justificación y su posterior toma de decisiones, desplazando el tecnicismo de la norma como centro de estudio y ubicándola junto a los demás componentes del ordenamiento jurídico -fuentes, principios generales, enunciados y validez jurídica- como herramientas a través de las cuales, el Derecho se convierte en una ciencia dinámica.

La concepción pragmática trabaja con dos disciplinas de una tradición muy antigua: tanto retórica como dialéctica, tienen una especial vinculación con la lógica jurídica y con la argumentación jurídica. Sin embargo, respecto a estas dos materias, el desconocimiento y el pensamiento sistemático en extremo legalista de las últimas décadas, se establecen como causas primeras de que hayan sido infravaloradas. Así, a la retórica por muchos años se le consideró como astucia y engaño, mientras que a la dialéctica, muchos teóricos la desconocieron como una disciplina individual, ubicándola como parte de la lógica.

Mediando herramientas como la dialéctica y la retórica, orientadas a la composición del conflicto jurídico, el discurso se ve complementado por dos claros objetivos: la convicción y la persuasión. Es así, como la adhesión del oyente adquiere un valor primordial con el desarrollo del discurso, pues el ponente admite la importancia de persuadir al otro, desarrollando para ello argumentos que influyan en el auditorio de tal forma, que den a notar su preocupación, correspondencia e interés en el tema sobre el cual verse el discurso argumentativo jurídico.

Al respecto, son dos perspectivas desde las que se puede observar la relación entre convicción y persuasión y sobre las cuales, el proponente, podrá distinguir en virtud de su importancia. Así, la primera perspectiva radica en el resultado, teniendo la persuasión un grado mayor que la convicción pues cuando se induce a la persuasión, se induce a la acción de por sí. Sin embargo, desde la óptica de la racionalidad, convencer adquiere un grado superior a persuadir, pues los medios utilizados por la convicción son argumentos racionales y las facultades a las que se dirige, como es sabido, actúan movidas por la razón.

Por tanto, desde la perspectiva de la racionalidad, la persuasión se encuentra en un grado inferior a la convicción

Es sencillo decir que los elementos racionales pueden ser aislados durante un diálogo, pero ¿qué sucede cuando la acción no es parte de esos hechos racionales? Las verdades como tales, dependen en gran medida del contexto en el que se desarrollan y es el contexto el que les convierte en inquebrantables o no. Es aquí cuando la acción, que juega directamente con la persuasión, torna una importancia capital, pues es valiéndonos de ella, que actuamos como proponentes y establecemos que un determinado hecho o acto es una verdad indiscutible en un determinado contexto. Por ello, resulta absurdo querer separar a la acción que encarna la persuasión de la convicción que revisten los datos racionales, ya que, si bien los dos atañen a distintos puntos de la esencia humana, como son la inteligencia y el ánimo, dentro de la ejecución del discurso no se puede separar a ambos, sino que se debe trabajar sobre ambos. Precisamente, es esta consideración la que nos permite comprender a la persuasión basada en la apariencia, cuyo fundamento es el ánimo del sujeto hacia quien ha sido dirigida, teniendo por tanto un objeto de asimilación personal; mientras que la convicción es vista como el entendimiento en todo el sentido, cuyo campo de trabajo es subjetivo, ya que está directamente relacionada con la razón y por tanto es de asimilación universal.

Así, analizados los puntos anteriores determinamos que el discurso es la herramienta a través de la cual, toda la esfera jurídica materializa al derecho contenido en una norma abstracta. Efectivamente, el ejercicio jurídico ya no se resume a la simple subsunción de la norma, sino que, más allá del desenvolvimiento lógico tan propio del proceso jurídico, se vale de otras herramientas tales como la dialéctica, la retórica y la tópica a fin de desarrollar argumentos válidos que permitan acceder a una composición del proceso. Así, los conceptos aportados por Perelman en su Nueva Retórica y el fondo filosófico-práctico que entraña la Tópica de Viehweg, son a nuestro criterio, la base universal para el análisis y creación de cualquier discurso jurídico, ya que sus elementos son comunes a cualquier rama del derecho sin distinción, y su fin, es co-sustancial al de justicia. Vale anotar que la dialéctica, en su esencia antes analizada, juega intrínsecamente,

un papel importante en el desenvolvimiento de tónica y retórica en conjunto, toda vez que el proceso jurídico se ve asimilado a un proceso dialéctico

Es así como en nuestra opinión, el proceso jurídico, en una forma extremadamente simplificada, se resume en el cotejamiento de argumentos a fin de hallar entre ellos a aquellos que en cuya racionalidad y validez se revele la conclusión racional sobre el cual dichos argumentos han trabajado. Por tanto, hablar de un sistema de confrontación, es hablar de un conjunto estructurado de argumentos relacionados entre sí, en el cual las partes intervinientes cotejan sus argumentos a fin de contribuir a un objeto en común. Dicho objeto en nuestro caso, se define gracias a la esfera jurídica. Así, en el entendido filosófico de definir un objeto primordial del derecho, podemos decir que se establece a la equidad, la verdad y su fin sustancial, la justicia, como un solo objeto o fin, para el cual la norma es un medio y no un fin.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

ALEJANDRO DE AFRODISIAS, *In Topos*, 126, 14-26: citado por

ATIENZA, Manuel, *El Derecho como Argumentación*, Barcelona, Ariel, 1era Ed., 2012

BACON, Francis, “*Essays, LVIII, Of Vicissitude of Things,*” cit. por BORGES, Jorge Luis, *El Aleph*, Madrid, Alianza Editorial, 1971,

BANDIERI, Luis, Argumentación y Composición de Conflictos Jurídicos, en *La Argumentación Jurídica: Problemas de Concepto, Método y Aplicación*, Universidad de Santiago de Compostela, año 2004

BARBIERI, Javier, *De los tópicos a las sentencias*, en, *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación*, Universidad de Santiago de Compostela, año 2004.

BURTON, Peter, *Stasis*, disponible en World Wide Web: <http://rhetoric.byu.edu/canons/invention/stasis.htm>

CICERON, Tópicos, II, 6, citado por BARBIERI, Javier, Ob. Citt.

CLAPERÉDE, Edouard, La genésé de l’hypothese, citado por PERELMAN, Chaim, Ob. Cit.

DONOSO CASTELLÓN, Arturo, *Derecho Penal Parte Especial: Delitos contra las Personas*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2007

ERNOUT, MEILLET et ANDRÉ, *Dictionarie étymologique de la langue latine*, Paris, 1979

FERRER BELTRAN, Jordi, *Introducción al Realismo Jurídico Genovés*, disponible en World wide web:

[http://www.filosofiyderecho.es/pdfs/introduccion\\_realismo\\_juridico\\_genoves.pdf](http://www.filosofiyderecho.es/pdfs/introduccion_realismo_juridico_genoves.pdf)

FETERIS, Eveline, *Fundamentos de la Argumentación Jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, año 2007.

FLOR VASCONEZ, Jaime, *Alegatos y Estudios Penales*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2009.

GABRIEL MAINO, Carlos, *La Argumentación, un camino para la búsqueda y verdad, en La Argumentación Jurídica: Problemas de Concepto, Método y Aplicación*, Universidad de Santiago de Compostela, año 2004

GACETA JUDICIAL. Año LXXXIV. Serie XIV. No. 5. Pág. 1179

GALLO, Christian, *Apuntes de Clase*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012.

GARCIA MORENTE, Manuel, *Lecciones Preliminares de Filosofía*, Buenos Aires, Losada, 2004

GRAHAM, Daniel W., "Heraclitus", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2011 Edition), disponible en World Wide Web: <http://plato.stanford.edu/entries/heraclitus>

GRUPO EDITORIAL OCÉANO, *Enciclopedia Autodidáctica Océano*, Barcelona, Océano, 1992

HESIODO, *Trabajos y Dias*, disponible en World Wide Web  
[http://wikimainake.wikispaces.com/file/view/Hes%C3%ADodo\\_Tabajos\\_y\\_D%C3%ADas.pdf](http://wikimainake.wikispaces.com/file/view/Hes%C3%ADodo_Tabajos_y_D%C3%ADas.pdf)

HUGHES, Graham, *Some considerations concerning Legal Reasoning*, New York University Press, 1969

ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, cit. por PUY MUÑOZ, Francisco, Ob. Cit.

KANT, Immanuel, *Critica de la Razón Pura*, Alfaguara, Madrid, 1987.

LOZANO JORGE, *A vueltas con la retórica*, Universidad Complutense de Madrid, 2005.

MEADOR JR, Prentice Quintiliano y la Instituto Oratoria, en *Sinopsis Histórica de la Retórica Clásica*, Madrid, Gredos, 1989,

MURPHY, James, *Orígenes y Primer Desarrollo de la Retórica*, en, *Sinopsis Histórica de la Retórica Clásica*, Madrid, Gredos, 1989,

OCHS, Donovan J., *Teoría Retórica de Cicerón* en *Sinopsis Histórica de la Retórica Clásica*, Madrid, Gredos, 1989

RABINOVICH, Ricardo, *Recorriendo la Historia del Derecho*, Quito, 2da Edición, 2010.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésimo Segunda Edición, 2012

PASCAL, Blas, *Rensées*, , cit. por PERELMAN, Chaim, Ob. Cit.

PAZ y MIÑO, Juan, El Complejo Proceso de la Crisis Constitucional en el Ecuador, Quito, 2002, referencia: 20 de Agosto de 2013, disponible en World Wide Web: <http://www.h-debate.com/debates/pazymino2.htm>

PERELMAN, Chaim, La Nueva Retórica: Tratado de la Argumentación, Madrid, Gredos, 1989.

PLATON, *Fedón*, disponible en World Wide Web :

<http://www.filosofia.org/cla/pla/azc05019.htm>

PLATÓN, *República*, Madrid, Mestas, 2009.

POKORNY, Julius, *Endogermanisches Etymologisches Woerterbuch*, cit. por Diccionario Etimológico De Chile, disponible en World Wide Web

<http://etimologias.dechile.net/PIE/?arg>

POSADA GÓMEZ, Pedro, *Argumentación, Teoría y Práctica*, Cali, Universidad del Valle Programa Editorial, 2010.

PUY MUÑOZ, Francisco, *La expresión argumentación jurídica y sinónimas: un análisis tópico*, en, *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación*, Universidade de Santiago de Compostela, año 2004

REYES, Graciella, *La Pragmática Lingüística. El estudio del uso del lenguaje.*, Madrid, Montesinos, 1994

ROESLER, Claudia Rosane, *Theodor Viehweg: un constitucionalista adelantado a su tiempo*, artículo en pdf, disponible en World Wide Web: [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com)

ROUSSEAU, Jean Jacques, *Emilee*, Libro III, p. 203, cit. por PERELMAN, Chaim, Ob. Cit.

ROVIRA FLORES DE QUIÑONEZ, María, De la retórica antigua a la argumentación contemporánea, en *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación*, Universidade de Santiago de Compostela, año 2004

STANFORD UNIVERSITY, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, referencia: 1 de Noviembre de 2012, disponible en World Wide Web: <http://plato.stanford.edu/entries/leibniz/>

VACA ANDRADE, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 4ta. Edición, 2009

- VAN EEMEREN, Frans y GROOTENDORST, Robert, *A systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*, Cambridge University Press, 2004.
- VEGA REÑON, Luis, *Si de argumentar se trata. Una introducción a la argumentación*, Montesinos, Barcelona, 2003
- VERSCHUEREN, Jef, *Para entender la pragmática*, Madrid, Gredos, 2002
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Pamplona, Thomson Civitas, 2007
- VON IHERING, Ludwig, *Del Interés en los Contratos*, cit. por BANDIERI, *Ob. Cit.*,
- WILDE, Oscar, *Hay que leer, no hay que leer, Obras Completas*, Madrid, 10ma Edición, Aguilar, 1965
- WALTON, Douglas, *Informal Logic. A handbook for critical argumentation*, Cambridge University Press, 1989 citado por ATIENZA, Manuel, *Ob. Cit.*

## ANEXOS

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

#### JUZGADO TERCERO DE LO PENAL DE PICHINCHA

QUITO, FEBRERO 1° DE 1982.- Las 3 p.m.

VISTOS: Por estar ejerciendo la función de juez Titular de este Juzgado, avoco conocimiento de la presente causa.- El señor Comisario Quinto nacional del Cantón Quito, dictó el auto cabeza de proceso, para descubrir a los autores, cómplices y encubridores del secuestro y asesinato del señor José Antonio Briz López, sindicó y ordenó la detención provisional de Gil Leonardo López Monsalve, Kléber Elías Gía Bustamante, Gonzalo Salomón Molina Vélez, Jaime Fernando Dávila Ochoa, Jaime Fernando Abril Revelo, Angel Guillermo Abril Revelo, Gustavo León Dávila, Dillon Germán Vera Chamba, Heri Humberto Villacís Díaz, Vicente Molina Vélez, Fernando Mao Tse Tung Zuñiga, marco Antonio pavón palacios, Martha Beatriz Naranjo Manzano, Hilda Silvana Sáenz Ruiz, y Washington Dávila Ochoa, porque, por los oficios números 78-191-DG-SIP y 78-196-DG-SIP, las evidencias e informes de los resultados de la comisión investigadora de la infracción, remitidos en 334 fojas útiles por el señor Director General de investigaciones, Estupefacientes e Interpol de la Policía nacional, llegó a conocer que el día 29 de noviembre de 1977 a eso de las cinco horas y treinta minutos de la tarde, en la esquina formada por las avenidas República y Amazonas de esta ciudad de Quito y provincia de Pichincha, en circunstancias en las que el señor José Antonio Briz López bajaba de su vehículo y trataba de asegurarlo, un grupo de individuos integrado por Kléber Gía Bustamante, Jaime Fernando Dávila Ochoa, Ángel Abril Revelo, Heri Humberto Villacís, Vicente Molina Vélez, Fernando Abril Revelo y Marco Antonio pavón Palacios ocupando dos vehículos: el uno, una camioneta marca Subaru de color rojo, guiado por Gonzalo Molina Vélez, y el otro una camioneta marca Datsun 1200, color marrón, guiada por marco Pavón, acometieron en su contra y empleando la fuerza le introdujeron en el primer vehículo y le llevaron inmediatamente hasta una calle transversal, tras el edificio de la Unión Nacional de Periodistas, donde les esperaban la furgoneta marca Toyota Hice de color azul, con los señores Mao Tse Tung Viteri Zuñiga e Hilda Silvana Sáenz Ruiz, vehículo al cual trasbordaron al señor Antonio Briz con la compañía de Angel Abril

Revelo, Fernando Abril Revelo, Vicente Molina Vélez, Marco Antonio Pavón Palacios, Hilda Silvana Sáenz Ruiz y en el volante Gonzalo Molina Vélez; que los otros vehículos fueron retirados en los garajes en esta ciudad, y que la furgoneta partió y realizó un viaje rápido hacia Quevedo, en donde los secuestradores con el plagiado, haciendo un trasbordo al Jeep Nissan Patrol con Placas P- 31319, continuaron el viaje hasta el sitio de Majahua Lote No. 3, de la Cooperativa Manabí, Parroquia Pichincha, Cantón Bolívar de la provincia de Manabí, a donde llegaron a las dos de la mañana del día treinta de noviembre de mil novecientos setenta y siete, y fueron recibidos por Gustavo León Dávila y Martha Naranjo, que previamente en ese lugar fue construida una cabaña de dos pisos y a diez metros de distancia una fosa de tres metros de largo, uno de ancho y tres de profundidad, por la célula acampada meses antes en este sitio, y que estaba integrada por Martha Naranjo, Gustavo León Dávila, Ángel Guillermo Abril Revelo, Germán Vera Chamba y Marco Antonio Pavón bajo la dirección de Pablo Alava, contratista a quien Germán Vera Chamba pagó por su trabajo la suma de cinco mil sucres; que al secuestrado se le albergó en el segundo piso de la cabaña y sus guardianes asistentes eran Gonzalo Molina y Fernando Abril, quienes permanecían encapuchados para evitar ser identificados por el plagiado; que pasada las siete de la mañana del mismo día treinta de noviembre de mil novecientos setenta y siete, Gonzalo Molina pidió al secuestrado que escriba una carta a su esposa en la que debía manifestar: 1).- Que él se encontraba secuestrado; 2).- Que no avise a la Policía ; y 3).- Que reúna el dinero para pagar el rescate; que escriba la carta, fue transportada por Marco Pavón Palacios a el Empalme y entregaba a Fernando Dávila Ochoa, quien la trajo a Quito y la dejó a Kléber Gía Bustamante, el que juntamente con Fernando Dávila la depositó, con otra carta escrita a máquina por los plagiadores, en la iglesia de el Belén; que Kleber Gía, mediante una llamada telefónica desde la maternidad Isidro Ayora, pidió a la señora Briz López que las retire dichas cartas; que en la segunda carta; los secuestradores exigían el rescate de cuatrocientos mil dólares y cinco millones de sucres, en billetes de curso legal, como condición para la liberación de Antonio Briz, o que de lo contrario, le matarían; que el primero de diciembre de mil novecientos setenta y siete, Kleber Gía ordenó a Fernando Dávila Ochoa, se traslade al Empalme, que tome contacto con Marco Pavón Palacios y obtenga dos cassettes gravados por el señor Briz; que Dávila cumplió la orden y el día dos de diciembre a la cinco de la tarde, entregó a Gía dichos cassettes; que día cinco de

diciembre, Kléber Gía, Fernando Dávila y Hilda Silvana Sáenz Ruiz, entregaron a la portera del Asilo de Ancianos una carta y un cassette para la señora Martha Alarcón de Briz, en la que le observaban a la nombrada señora por haber dado aviso de sus exigencias a la policía, le daban instrucciones para salvar la vida de su esposo y un plazo hasta las dos de la tarde del día seis de diciembre de mil novecientos setenta y siete para que entregue el dinero de rescate al Cardenal Pablo Muñoz Vega; que en el cassette grabado, José Antonio Briz López, pedía a su esposa que reúna el dinero del rescate y entregue a los secuestradores; que en otra carta dirigida al señor Cardenal Muñoz, éstos le expresaban que le había escogido de mediador para salvar la vida del señor Antonio Briz, le instruían de la forma como debía entregar el dinero consignado por la señora de Briz, en un maletín negro, tipo médico, conteniendo cuatrocientos mil dólares y cinco millones de sucres; más, estas cartas, por ausencia del señor Cardenal Muñoz, llegaron extemporáneamente a los destinatarios; que el día seis de diciembre de mil novecientos setenta y siete, Sor Elena Chica , encontró debajo de la puerta de la Facultad de Enfermería de la Universidad Católica una carta dirigida a Sor Francisca López Monsalve, en la que los secuestradores la designaban intermediaria para salvar la vida del señor Antonio Briz, con instrucciones para que retire un maletín de color negro, conteniendo dineros, de manos del señor Cardenal Pablo Muñoz Vega, maletín con el cual debía trasladarse a Cuenca y llegar máximo a las diez de la mañana del día ocho de diciembre de mil novecientos setenta y siete, ciudad en donde recibiría nuevas instrucciones; que el día siete del mismo mes y año, fue entregada en esta ciudad a Monseñor González , una carta dirigida al señor Cardenal Pablo Muñoz Vega, en la que se le urgía a éste para que cite a su despacho a Sor Francisca López, quien con su demora, estaba arriesgando la vida del señor Antonio Briz; que ese mismo día a las cuatro y media de la tarde, Hilda Sáenz Ruiz en compañía de Kleber Gía entregó una carta a la señorita Judith López, dirigida a Sor Francisca López, con la nota de URGENTE; que el día ocho de diciembre de mil novecientos setenta y siete, Sor Francisca López Monsalve, a las seis y cincuenta horas de la mañana, hizo un viaje de Quito a Cuenca, vigilada por la Policía, en un Avión de la compañía Saeta, portando el maletín con el dinero para el pago del rescate, que en el trayecto observó, abriéndolo, que se trataba de un rollo de periódicos; que el mismo día, en un vuelo de la empresa San, a las siete y treinta minutos de la mañana, viajó de Quito a Cuenca el señor Gil Leonardo López Monsalve, hermano de Sor Francisca

López; que Sor Francisca López, en la ciudad de Cuenca y por intermedio de su hermana señora Débora López de Serrano, recibió una carta en la que se le dio la orden de entregar el maletín al Padre Pedro Soto; que Sor López quiso ponerse en contacto con el Padre Soto, pero que no lo logró por cuanto éste había viajado a Quito; que al mismo Padre Soto le estaba dirigida una carta encontrada por el señor César Bueno León en la Iglesia de los Sagrados Corazones de la ciudad de Cuenca, en la que le pedía que reciba el maletín con el dinero, lo envuelva en una tela y lo entregue a la señora Cecilia Muñoz de Montesinos, carta ésta que fue entregada a Monseñor Ernesto Alvarez, Obispo de Cuenca, por no estar en esa Ciudad el padre Soto; que el mismo día 8 de diciembre Kléber Gía viajó de Quito a Cuenca vía terrestre, para entrevistarse con Leonardo López Monsalve a fin de lograr la consecución del rescate por la libertad del señor Antonio Briz; que el día 9 de diciembre a eso de las 10 de la mañana, Leonardo López Monsalve entregó un mensaje escrito a Kléber Gía en el que le expresaba: que se largue inmediatamente, hay mucha gente, todo ha fallado; que a las 11 de la mañana del mismo día Kléber Gía dirigió un mensaje telefónico Fernando Dávila Ochoa de Cuenca a Quito, por intermedio de la señora Clara Luz Figueroa, empleada del almacén de Malatería Nacional, ubicado en las calles Flores y Espejo de esta ciudad con la siguiente clave: “la compra de los carros no se realizó porque estaban muy caros, hay muchos compradores, todo ha fallado”, significando la frustración del rescate; que Fernando Dávila, al recibir el mensaje que le transmitió la señora Clara Luz Figueroa, acompañado Por Hilda Silvana Sáenz, viajó inmediatamente de Quito al Empalme, llegó a las diez de la noche y dirigiéndose a la parroquia Pichincha, se comunicó por medio del sistema de Motorola con Marco Antonio Pavón Palacios en la cabaña de Majahua y le pidió que salga inmediatamente a ponerse en contacto con él; que entrevistados los dos, Dávila manifestó a pavón que la operación rescate ha fracasado y, según lo convenido, debía liquidarle al señor José Antonio Briz López; que al regresar a la cabaña el 10 de diciembre de 1977 a eso de las dos de la mañana, Marco Pavón informó al grupo del fracaso del rescate, y a eso de las 7:45 de la mañana, hizo creer al señor Briz que iba a ser liberado, que se afeite para que dé un buen aspecto a sus familiares y que se tome unas pastillas para dormirse a fin de que no sepa el lugar de su localización y no comprometa a los secuestradores; que el grupo de plagiadores acampados en Majahua: Gonzalo Molina Vélez, Vicente Molina Vélez, Ángel Abril Revelo, Fernando Abril Revelo,

Marco Antonio Pavón Palacios, Gustavo León Dávila y Martha Beatriz Naranjo Manzano, realizaron un sorteo para determinar a quién debía corresponder disparar y liquidar al señor Antonio Briz ; que el sorteo consistía en tomar cada miembro del grupo , un papel, de los siete destinados al sorteo, en los cuales, seis tenían la expresión NO, y uno la de SI; que luego de recibir cada uno su papel, Gustavo León Dávila gritó “a mí me toca”, grito que dio lugar a la nulidad del sorteo, porque quien recibía con la expresión de SI, debía guardar silencio, y todos alejarse del sitio, separadamente a diez metros de distancia, con las espaldas hacia el cuerpo del señor Briz, y el elegido , debía acercarse a él, que estaba dormido en el borde de la fosa, tomar el revólver del suelo y dispararlo; que en el Segundo sorteo, Marco Antonio Pavón resultó ser el elegido, que tomó el revólver y disparó al señor Briz de frente hacia el tórax izquierdo, que seguidamente y quitándole el arma a su compañero, Fernando Abril Revelo hizo un segundo disparo en el tórax de la víctima, perforando su corazón; que después de quince minutos los hermanos Fernando y Ángel Abril Revelo, decapitaron el cadáver del occiso, valiéndose de un machete pequeño en forma de cuchillo, cubrieron la cabeza con una sábana, lo colocaron dentro de una caja de cartón de Wisky Buchanan’s y enterraron el cuerpo del cadáver en la fosa destinada para el efecto; que mientras tanto, los demás secuestradores, vigilaban el sector, repartidos a cierta distancia de la casa, para evitar que sea descubierto el crimen por personas ajenas al grupo; que este grupo, después de destruir las evidencias, se embarcaron el jeep Nissan patrol, que lo tenían a su disposición, se dirigieron a esta ciudad de Quito, bajándose cinco personas en el trayecto, de dos en dos, y quedándose hasta el final, únicamente Marco Pavón y Martha Naranjo, quienes dejaron el cartón con la cabeza del señor Briz en el atrio de la capilla de la Virgen del Consuelo del Colegio de las madres Mercedarias y se retiraron pasadas las diez de la noche del día once de diciembre de 1977; que marco Pavón regresó a Santo Domingo de los Colorados a informa a Klèber Già del trabajo realizado; que en la mañana del día doce de diciembre, el jardineros de las madres Mercedarias encontró el cartón ensangrentado y creyendo que se trataba de un feto, dio aviso a las madres; que estas comunicaron el hecho a la Policía, la cual llevó el cartón al departamento médico legal, donde mediante la identificación de los familiares del señor Briz, comprobaron que se trataba de la cabeza del cadáver de éste; que investigados sobre el caso por la policía, Marco Antonio Pavón Palacios y Vicente molina Vélez, determinaron éstos el sitio exacto

donde fue inhumado el cuerpo muerto del señor Briz por los secuestradores, en el lote No. Tres del sitio Majahua de la Cooperativa Manabí, parroquia Pichincha Cantón Bolívar de la Provincia de Manabí. En el auto motivado de fecha 29 de enero de 1981 (fs. 1.078.- 1.083), confirmado por la tercera sala de la H. Corte Superior de Justicia de este Distrito, (fs. 1.088.- 10101) se motivó la causa en contra de los señores Gil Leonardo Lòpez Monsalve, Klèber Già Bustamante, Gonzalo Salomón Molina Vélez, Jaime Fernando Dàvila Ochoa, Jaime Fernando Abril Revelo, Ángel Guillermo Abril Revelo, Gustavo León Dàvila, Germán Vera Chamba, Vicente Molina Vélez, Fernando Mao Tse Tung Viteri Zuñiga, Marco Antonio Pavón Palacios, Martha Beatriz Naranjo Manzano e Hilda Silvana Ruiz Sàenz, por considerárseles incurso en la disposición del Artículo 189 numeral 8 del Código Penal; y en el mismo auto, se suspendió el procedimiento para los señores Kleber Già Bustamante, Gonzalo Salomón Molina Vélez, Jaime Fernando Dàvila Ochoa, Jaime Fernando Abril Revelo, Gustavo León Dàvila, Germán Vera Chamba, Vicente Molina Vélez, Fernando Mao Tse Tung Viteri Zuñiga y Marco Antonio Pavón palacios en razón de encontrarse prófugos. Encontrándose la causa en estado de sentencia, para resolver, se considera:

PRIMERO.- El proceso es válido, ya que se han observado las solemnidades previstas en la ley y no existe nulidad que declarar.

SEGUNDO.- El cuerpo del delito se ha comprobado con las diligencias de levantamiento de la cabeza y cuerpo del cadáver del señor José Antonio Briz, la identificación, reconocimiento exterior y autopsia, los informes de los peritos médicos Dres. Pedro Carrillo y A. Von Reckov, que intervinieron en esas actuaciones ( fs. 1 vta. 12 ) la inspección de las calles de la casa de vivienda de la víctima del lugar de su secuestro, del sitio donde fue trasbordado a otro vehículo, la casa donde fue mantenido cautivo, el reconocimiento de los vehículos, de las armas y la lista de medicinas empleadas en la consumación del delito por los secuestradores ( fs. 384, 404, 542 vta. 543, y 19 ), de acuerdo a lo previsto en los Arts. 160, 171 y 173 del Código de procedimiento Penal; pues, los peritos médicos concluyen: “que el cadáver autopsiado corresponde a una persona sexo masculino, de raza mestiza, de una talla de un metro sesenta y seis centímetros, de una edad aproximada de treinta y tres años, quien por las características post mortem ha fallecido dentro de los últimos dos meses y medio, por perforaciones del corazón, quien ha sido

víctima de hemorragia aguda interna por penetración de dos proyectiles de arma de fuego, cuyo calibre no podemos precisar por haber salido; en todo caso son de pequeño calibre, todo lo cual constituyó la causa única y evidente de su muerte violenta.- Que por las características de los orificios de entrada que se encuentra en el hemitòrax anterior izquierdo y los orificios de salida localizados en el hemitòrax posterior izquierdo los disparos fueron realizados a corta distancia, esto es a menos de ochenta centímetros y que el hechor o hechores debieron haber estado en el mismo plano por delante de la víctima y ligeramente hacia la derecha, ya que la trayectoria de los proyectiles es de adelante hacia atrás y ligeramente de derecha hacia la izquierda.- Que la decapitación, la amputación del dedo meñique y el amarre con soga a nivel de los tobillos fue realizado post mortem, no así la ligadura de las muñecas hacia la espalda, que fueron realizadas en vida. La saponificación del cuerpo es una putrefacción anómala debido a haber permanecido en un medio húmedo y cálido.

TERCERO: Consta en forma clara como los sindicatos ejecutaron el hecho punible y los medios que emplearon. El plagio fue, un hecho previamente concebido: fue el resultado de la conformación de un grupo de revolucionarios dedicados a estudiar la problemática social, con principios disciplinarios y jerárquicos, mediante reuniones determinadas en diversos sitios de esta ciudad, para el conocimiento de las obras de Marx, de Lenin, las biografías de Che Guevara, de Camilo Torres, los documentales de los Tupamaros, y entrenamiento físico, empleando nombres supuestos para conocerse entre sí, de acuerdo a la táctica revolucionaria con objetivos de allegar fondos para reforzar la organización, planeándose un secuestro para obtener dinero, con parte del cual, cubrir los gastos de operación, y el grueso, depositarlo en Suecia, y luego de un año emplearlo en la compra de frigoríficos, supermercados y otras actividades afines, habiendo construido una casa y una fosa en el punto Majahua; fue la frustración de una tentativa en la víspera del día del secuestro que culminó en la segunda vez, con el plagio, cautiverio y asesinato del señor José Antonio Briz Lòpez, con la perfección suficiente por la actividad realizada por cada uno de los sindicatos, como se desprende de las declaraciones rendidas en la Dirección Nacional de Seguridad Pública por Martha Beatriz Naranjo Manzano ) fs. 122-134), por Hilda Silvana Sàenz Ruiz ( fs. 135-139) por Jaime Fernando Dàvila Ochoa (fs. 140-148)

por Vicente Antonio Molina Vélez ( fs. 149-154) por Marco Antonio Pavón Palacios ( fs. 155-160 ) por Heri Humberto Villacís Díaz (fs. 167-171).

CUARTA.- La responsabilidad de los sindicatos presentes aparece así: LA DEL SEÑOR GIL LEONARDO LÒPEZ MONSALVE, por los hechos siguientes: a) Su amistad con Klèber Già Bustamante y sus viajes constantes a esta ciudad a entrevistarse con èl antes del secuestro del Sr. Antonio Briz, durante el cautiverio de éste y después de su asesinato. Así lo dice el mismo sindicato al rendir su confesión ( fs. 1107-1119 ), que se vio con Klèber en el edificio Gabriel Mistral en Santiago de Chile en el tiempo del gobierno de Salvador Allende; que en 1976 se hospedó varios días en casa de Klèber Già en esta ciudad; que en 1977, dio hospedaje a Kleber Già en la ciudad de Cuenca, en su paso a la de Machala; el mismo año se hospedó en casa de Klèber Già, con su esposa en esta ciudad; que el día cinco de diciembre de 1977, Kleber Già le consiguió hospedaje en casa del Ing. Patricio Carrillo en esta misma ciudad; que ha dicha casa le llevó Kleber Già en el auto Subaru, que fue empleado en el secuestro del señor Briz; que en Bogotá se alojó con su esposa e hija en la misma pieza de la casa de la familia Bravo Malo, en la que estaban hospedados Kleber Già Bustamante y Gonzalo Molina Vélez por el por el delito de asesinato cometido en la persona del Sr. Antonio Briz; que tuvo cita con Gonzalo Molina en un salón de la calle Caracas de la ciudad de Bogotá, donde fueron ambos capturados, al salir del salón, por miembros del servicio de seguridad colombiana; b) planeó la obtención del rescate, haciendo intervenir como mediadores, a su hermana Sor Francisca Lòpez Monsalve, con quien tuvo entrevistas en esta ciudad antes de su viaje aéreo a la ciudad de Cuenca; que su hermana pidió al General Valdivieso que le permita viajar con su hermano Leonardo de Quito a Cuenca, porque sabía que portaba un tique de la compañía San ( fs. 849-851 ), que su hermana transportó el maletín con el dinero entregado por la policía en el Campo de Aviación, y durante el viaje observó que en su interior había únicamente papel periódico; que Sor Francisca Lòpez regresó con el maletín desde Cuenca, a esta ciudad, y que Leonardo Lòpez supo en la ciudad de Cuenca, del fracaso del rescate, porque èl entregó un mensaje escrito a Klèber Già, con el siguiente texto: “que se largue inmediatamente, que todo está rodeado de Agentes y que todo ha fallado” ( fs. 146 ). Que Klèber Già después del asesinato del Sr. Briz, dijo: que èl estaba en peligro era el contacto en Cuenca (choco) (fs. 147) y si es que le detuvieran èl tendría que desaparecer de aquí. Así mismo Klèber Già,

dijo a Fernando Dávila Ochoa que no pudo ponerse en contacto personalmente con choco (en Cuenca), ya que estuvo muy nervioso (fs., 146) c) Utilizaba nombres supuestos o apodos para ser conocido por sus amigos del grupo. Así su hermana Sor Francisca Lòpez Monsalve dice que su hermano tiene el mote de chocola (fs. 34-56 ), Klèber Già afirmó que el contacto en Cuenca ( choco ) estaba encargado del rescate ( fs. 44 ) que en Bogotá era conocido con el nombre de Jorge ( fs. 493-494); d) Portó una grabadora Panasonic, un cassette y libros revolucionarios cuando se hospedó en la casa del Ing. Carrillo ( fs. 234-235); e) Hizo intervenir como intermediarios del rescate a otras personas, como el Padre Soto, a la señora Cecilia Muñoz de Montesinos, y como portador de las cartas en la ciudad de Cuenca, al mensajero de su hermano Rodrigo, el menor Francisco Vega Baculima ( fs. 234-235) f) En un papel amarillo, tenía anotados varios nombres con números telefónicos así: Klèber; 247-871; Pía Monge Galindo-Jorge Páez 242-Avenida la Prensa teléfono 249-820; Sor Francisca (decanato) teléfono 239-147 y 52902 ( fs. 269) g) Subió el cajón de la camioneta Datsun de color blanco el momento que Klèber Già, Fernando Dávila e Hilda Sàenz, daban vueltas por el centro de esta ciudad, calles García Moreno y Sucre, y que se quedó cerca de la Facultad de Medicina calles Sodiro y Gran Colombia ( fs. 138 ); h) En el aeropuerto de esta ciudad se entrevistó con Klèber Già y conversó en voz baja , cuando el 8 de diciembre de 1977, Klèber Già se estacionó en la misma camioneta acompañado de Hilda Sàenz, frente a dicho aeropuerto. 1 La sindicada Hilda Sàenz al ampliar su declaración indagatoria a fs. 567 y contestar al interrogatorio formulado por Leonardo Lòpez, se contradice de las afirmaciones anteriores y expresa que no conoce a Leonardo Lòpez, y que no puede asegurar que el día 8 de diciembre de 1977, en el aeropuerto, en que Klèber Già se encontró con una persona, ésta sea Leonardo Lòpez, tal contradicción revela la malicia con que ha contestado las repreguntas en el afán de descargar la responsabilidad del sindicato Leonardo López, engañando a la justicia.- LA DE LA SINDICADA HILDA SILVANA SÀNEZ RUIZ, por los siguientes hechos: a) Esperó con Mao Tse. Tung Viteri Zuñiga en la furgoneta de color azul marca Toyota Hice, en una calle transversal, detrás del edificio de la Unión Nacional de Periodistas, tanto el día de la víspera, como el del secuestro para recibir al plagiado, una vez que llegó fue trasbordado a esa furgoneta y la sindicada Sáenz viajó acompañando al secuestrado y a sus compañeros hasta Quevedo, de donde regresó a esta ciudad en un bus interprovincial; b) Contribuyó para el rescate

entregando dos cartas: una para Sor Francisca López Monsalve y otra para el Sr. Cardenal Pablo Muñoz Vega , carta ésta que entregó a Monseñor González; c) hizo una llamada telefónica a la Sra. Martha Alarcón de Briz esposa del plagiado; d) Viajó con Fernando Dávila Ochoa, desde Quito al Empalme entregar el mensaje a los otros compañeros, sobre el fracaso del rescate; e) Acompañaba a Klèber Già en las actividades de éste para la entrega de cassettes y cartas dirigidas a la Sra. Briz de López; f) Después del asesinato del Sr. Briz tuvo reuniones con sus compañeros para esperar informes y procurar evadir a la policía; g) Fue la transmisora de dos mil sucres que entregó al sindicato Humberto Villacís para ayudar a Klèber Già, dinero que puso en manos de Fernando Dávila Ochoa ( fs. 135-139); LA DE LA SINDICADA MARTHA BEATRIZ NARANJO MANZANO, por los siguientes hechos: a) Formó una célula revolucionaria con varios compañeros y tomó el nombre supuesto de Sonia; b) Participó en la construcción de una cabaña y una fosa dedicadas a un secuestro, en Majahua, parroquia Pichincha, Cantón Bolívar, Provincia de Manabí, varios meses antes del secuestro y asesinato del Sr. Briz, c) Regresó a Majahua dos días antes del secuestro del Sr. Briz, en compañía de Gustavo León Dávila y le recibió al Sr. Briz y a los otros compañeros a quienes les atendió en la alimentación, durante el cautiverio del plagiado; d) Participó en el sorteo con los otros compañeros para disparar y dar muerte al Sr. Briz, y como no le tocó en suerte hizo guardia a cierta distancia de la cabaña para controlar a los vecinos del lugar que no descubran el asesinato del Sr. Briz, mientras sus compañeros le dispararon, le decapitaron y le enterraron en la fosa dedicada para el efecto; e) Fue la portadora junto con Marco Antonio Pavón Palacios de la cabeza del cadáver del Sr. Briz y la colocación del cartón en el atrio de la capilla del Consuelo del Colegio de las Madres Mercedarias de esta ciudad ( fs. 122,134,337,386 y 119 vta. 121 ) f) Después del asesinato del Sr. Briz, ella cambiaba constantemente de domicilio para evitar ser capturada, fue detenida en la ciudad de Quevedo el día 3 de marzo de 1978.

QUINTO.- El Señor Director del Instituto de Criminología, en su informe del estudio de personalidad de los sindicados: Gil Leonardo López Monsalve, Martha Beatriz Naranjo Manzano e Hilda Silvana Sáenz Ruiz, ( fs. 1169-1173), manifestó que Gil Leonardo López Monsalve posee una personalidad con notoria capacidad agresiva, con mecanismos de defensa tratando de ocultar su yo y escudándose en fenómenos de contenido social; que su miedo a figurar ha hecho que inconscientemente busque siempre el desempeño de papeles

secundarios, pero sabiéndose seguro que el papel primordial lo desempeña él; pero como la actitud de él no es franca ni externalizada, produce un rol de conflicto muy claro; que Martha Beatriz Naranjo Manzano dispone de una buena capacidad empática y busca en sus relaciones interpersonales, la compensación a su propio nivel de frustración; y, que la sindicada Hilda Silvana Sáenz Ruiz, posee una personalidad normal con disposición impulsiva de acción y modificación afecto-volitiva de su empatía, esquizotímica; y, en su comentario crimino dinámico, el mismo señor Director, expresa: que este tipo de criminalidad es nuevo en nuestro medio, similar a lo que epistemológicamente se denominó delito en pandilla, se trata de un delito grupal, de la llamada criminalidad violenta y que requiere una legislación para el tipo de delitos que la constituyen: guerrilla campesina y urbana, terrorismo internacional, atentados cometidos en grupo, secuestro de aviones, toma de rehenes en la prisión, robo de bancos y toma de rehenes, chantaje con o sin toma de rehenes y kidnapping, así como toda la criminalidad de cuello blanco.

SEXTO.- No procede la consideración de circunstancias atenuantes; pues, la alarma causada en la sociedad, la peligrosidad de sus autores, y la existencia de circunstancias constitutivas de delitos tan graves como son el plagio y el asesinato, impiden su establecimiento.

SÈPTIMO.- Martha Alarcón de Briz ha deducido acusación particular o querrela, que reúne los requisitos del Art. 53 del Código de Procedimiento Penal y que es procedente en el aspecto penal, la ha mantenido, con los reclamos de la sanción correspondiente para los sindicatos y el pago de daños, perjuicios y costas procesales.

Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declaro que: Gil Leonardo López Monsalve, de 39 años de edad, ecuatoriano, nacido y domiciliado en Cuenca, de estado civil casado y de profesión estudiante; Martha Beatriz Naranjo Manzano, de 32 años de edad, ecuatoriana, nacida en Ambato y domiciliada en Quito, de estado civil soltera y de profesión profesora; e Hilda Silvana Sáenz Ruiz, ecuatoriana, nacida y domiciliada en Quito, de 27 años de edad, de estado civil soltera y de profesión estudiante, son coautores culpables del delito de plagio y asesinato enunciados en el auto de procesamiento, y por tanto, responsables del delito puntualizado en el Artículo 188 y reprimido por el Artículo 189, inciso 8 del Código Penal, e imponga a cada uno de ellos la pena de doce años de

reclusión mayor extraordinaria que la cumplirán, Gil Leonardo López Monsalve, en el Penal García Moreno, y Martha Naranjo manzano e Hilda Sáenz Ruiz, en la penitenciaría de mujeres de esta ciudad, debiendo descontarse el tiempo que estos sindicados han permanecido detenidos por esta misma causa. Les condeno, además al pago de costas, daños y perjuicios. Regulo en ocho mil sucres el honorario del doctor Jorge Andrade Lara, defensor de la acusadora Martha Alarcón de Briz. Elévese en consulta, en copia, esta decisión al Superior, después de emplazar a las partes para que concurran a usar de su derecho. Notifíquese.-

f) Dr. Facundo del Salto.

Gaceta Judicial. Año LXXXIV. Serie XIV. No. 5. Pág. 1179.

(Quito, 26 de abril de 1984)

### TERCERA INSTANCIA

VISTOS: El 28 de marzo de 1978 el Comisario Quinto Nacional del Cantón Quito dictó autocabeza de proceso contra Gil Leonardo López Monsalve, Kléber Elías Gía Bustamante, Gonzalo Salomón Molina Vélez, Jaime Fernando Dávila Ochoa, Jaime Fernando Abril Revelo, Angel Guillermo Abril Revelo, Gustavo León Dávila, Dilon Germán Vera Chamba, Henry Humberto Villacís Díez, Vicente Molina Vélez, Fernando Mao Tse Tung Zúñiga, Marco Antonio Pavón Palacios, Martha Beatriz Naranjo Manzano e Hilda Silvana Sáenz Ruiz y Washington Dávila Ochoa sindicándolos del plagio y muerte del comerciante José Antonio Briz López, ordenando su detención provisional, al conocer que el martes 29 de noviembre de 1977 a eso de las cinco y media de la tarde, en la esquina que forman las Avenidas "Amazonas" y "De La República" de esta ciudad de Quito, el antes nombrado industrial había sido secuestrado por un grupo de personas, las que, a viva fuerza lo llevaron en un vehículo de color rojo, marca SUBARU trasladándolo hacia el norte de la ciudad hasta una de las calles que queda tras del cine "Iñaquito" en donde lo introdujeron en otro vehículo, esto es en una furgoneta en la que emprendieron viaje hacia el sur, arribando al lote No 3 de la Cooperativa Manabí, localizada en el sitio Majahua, perteneciente a la parroquia Pichincha, del cantón Bolívar, provincia de Manabí, lugar en donde se había construido previamente una choza para albergar a los plagiadores y cavado

una fosa. Que los sindicatos, luego de solicitar mediante varias misivas dirigidas a la cónyuge de la víctima y a diversas autoridades religiosas su intervención para obtener un rescate cuyo valor se fijó en esos documentos, en la suma de cinco millones de sucres y de cuatrocientos mil dólares propósito delictivo que resultó frustrado, decidieron dar muerte al plagiado, sorteándose entre ellos la consumación de tal hecho, que correspondió a Marco Antonio Pavón Palacios, llegando a ser ultimado por un segundo disparo que lo hizo Jaime Fernando Abril Revelo. Muerto Briz López, antes de enterrarlo en la fosa que se había abierto al efecto, le cercenaron con machete la cabeza y conduciéndola a Quito la arrojaron en el patio de entrada al Colegio de "La Merced" de esta ciudad, plantel educacional que se ubica en la calle Sodiro. Con tales antecedentes y la documentación enviada por la Dirección General de Investigación Criminal contenida en 334 fojas útiles, se inició el presente enjuiciamiento contra los autores materiales del hecho ilícito, sus cómplices y encubridores. Terminada la sustanciación del proceso en primera instancia, el Juez Tercero de lo Penal de Pichincha, con fecha 1o de febrero de 1982 - fs. 1203 - dictó sentencia condenatoria e impuso a doce años de reclusión mayor extraordinaria a Gil Leonardo López Monsalve, Martha Beatriz Naranjo Manzano e Hilda Silvana Sáenz Ruiz, aceptando la acusación particular de la cónyuge sobreviviente del occiso, Martha Alarcón de Briz. De este fallo interpuso recurso de apelación de una parte, el sindicato López Monsalve y, de otra la acusadora particular, sin que hubieren impugnado la sentencia las dos inculpadas restantes. La Tercera Sala de la Corte Superior de Quito, el 2 de mayo de 1983 - fs. 49 del segundo cuaderno - expidió sentencia confirmatoria del fallo de condena del primer nivel jurisdiccional expedido en contra de Hilda Silvana Sáenz Ruiz y de Martha Beatriz Naranjo Manzano y absolvió definitivamente a Gil Leonardo López Monsalve. El Dr. Florencio Quevedo Palomeque, en su calidad de Ministro Fiscal General Subrogante, interpuso recurso de tercera instancia, inconforme con el fallo confirmatorio de la Corte Superior de Quito solicitando de modo expreso la elevación de la pena contra las sentenciadas Sáenz Ruiz y Naranjo Manzano; la acusadora particular dedujo la misma impugnación sustentándola en doble causa: la absolución definitiva a López Monsalve y la confirmación de la pena impuesta a las sentenciadas; estas a su vez, en el manifiesto de fs. 85 (actuaciones de segunda instancia) decurren al Tribunal Supremo de Justicia y la causa se radica en esta Sala por el sorteo de 23 de mayo de 1983, habiendo emitido su dictamen el

señor Ministro Fiscal General el 16 de febrero del año en curso. Con estos antecedentes para decidir lo que fuere de ley sobre los recursos en mención se formulan las siguientes consideraciones: PRIMERA.- El plagio y la muerte de José Antonio Briz López han quedado plenamente establecidos con la prueba de autos como consta de las siguientes diligencias: a) Con relación al plagio, la confesión de las sentenciadas y los múltiples datos del proceso que patentizan su existencia con resultados de muerte en la persona de Briz López; b) Con relación a la muerte de éste, aparece a fs. 1 del primer cuaderno la identificación de la cabeza cercenada del occiso diligencia en la que intervienen como testigos Cristóbal Alarcón y Nelson Dávalos, aparte de los médicos legistas; el informe de estos con relación al examen de dicho órgano y en lo que, refiriéndose al corte determinante de su separación del cuerpo de la víctima expresan que ha sido realizado con instrumento cortante, después de su muerte y que se ha realizado de cuatro a ocho días anteriores a la fecha del examen; la autopsia del cadáver de fs. 4 a 9 del proceso diligencia en la que, además, se verifica la integración de la cabeza con el cuerpo inerte y se sientan las conclusiones del fallecimiento de la víctima señalándose que se debe a disparos realizados a corta distancia que perforaron el corazón y produjeron hemorragia aguda interna, siendo esta la causa única y evidente del deceso, anotando que la decapitación y la amputación del dedo meñique derecho y el amarre con soga a nivel de los tobillos fue realizada post mortem, no así la ligadura de las muñecas hacia la espalda, que fue realizada en vida; se advierte el estado de descomposición anormal del cadáver que se presenta saponificado por su sepultura en un medio húmedo y cálido; SEGUNDA. - Antes de consignar las reflexiones atinentes a la responsabilidad de los sentenciados, es necesario anotar que el sumario se reabrió cuando fueron detenidos los sindicados Gil Leonardo López Monsalve, Kléber Gía Bustamante y Gonzalo Molina Vélez en la República de Colombia y trasladados a esta ciudad. Cumplidas entonces las diligencias sumariales del caso, dictaminó definitivamente el Agente Fiscal a fs. 1064 complementando el dictamen rendido a fs. 973. En estas condiciones el Juez de primera instancia dictó auto motivado contra los sindicados, la mayor parte de los cuales se evadieron del Penal García Moreno de esta ciudad lo que determinó la suspensión del procedimiento, según así aparece de la providencia de fs. 1083; confirmó la detención de Gil Leonardo López Monsalve, Martha Beatriz Naranjo e Hilda Silvana Sáenz Ruiz, declaró extinguida la acción penal contra

Henry Humberto Villacís Díez quien resultó muerto por la represión policial en el episodio de la fuga de los encausados y sobreseyó provisionalmente a Washington Dávila Ochoa y Jorge Mogrovejo. El automotivado se confirmó en todas sus partes mediante la providencia de 18 de mayo de 1981 expedida por la Tercera Sala de la Corte Superior de Quito - fs. 1088 a 1101 cuerpos 11 y 12 de primera instancia - ; TERCERA.- Respecto de la competencia de la Sala es necesario advertir: a) Como de la sentencia condenatoria pronunciada por el Juez Tercero de lo Penal de Pichincha contra los tres procesados, únicamente apelaron la acusadora particular y Leonardo López Monsalve, tanto el Ministerio Fiscal como las encausadas Naranjo Manzano y Sáenz Ruiz se conformaron con la resolución gravosa del primer nivel jurisdiccional por lo que la Corte Superior de Quito en ningún caso podía disminuir la pena; dicho Tribunal Superior confirmó el fallo venido en grado y en consulta quedando así inalterable la situación procesal de las dos sentenciadas y en cuanto al recurso de apelación de López Monsalve absolvió a éste. De otro lado, como el representante del Ministerio Público no recurrió de la sentencia dictada por el Juez de lo penal, tampoco procede la pretensión del señor Ministro Fiscal Subrogante de Pichincha de alcanzar la elevación de la pena impuesta a Martha Beatriz Naranjo el Hilda Silvana Sáenz Ruiz; b) De lo anterior aparece incuestionable que la competencia de la Sala se contrae a resolver lo concerniente al recurso de tercera instancia interpuesto por Martha Alarcón de Briz acerca de la sentencia de segunda instancia en cuanto absuelve a Gil Leonardo López Monsalve y en relación con su pretensión de que se eleve la pena impuesta a las acusadas Naranjo y Sáenz; CUARTA.- Sentado lo anterior, es necesario, después del análisis riguroso y detenido de las constancias de autos fijar la responsabilidad de las encausadas cuya condena impugna la acusadora particular, estimándola atenuada. La prueba del proceso, en lo que se refiere a Martha Beatriz Naranjo Manzano está constituida por los siguientes elementos que patentizan de modo irrefragable y concluyente su responsabilidad en el plagio y asesinato del occiso. Los datos de mayor relevación son los siguientes: a) Las declaraciones que la sentenciada rinde ante la Dirección General de Seguridad Pública, su indagatoria, la ampliación de esta declaración y su confesión, diligencias que se hallan a fs. 122 a 134, 337 y 337 vta. 1119 y 1121 vta. Se trata de lo manifestado por la inculpada y, de sus dichos, no puede quedar la menor duda de su participación con conocimiento pleno y voluntad deliberada en los hechos principales de

retener a la víctima en la choza o cabaña construída específicamente para el logro de los fines delictivos previstos con anterioridad; su ayuda y atención a los plagiadores; la vigilancia permanente del lugar para que no se enteren los habitantes más cercanos al lugar donde se cometió el execrable asesinato, su ayuda en el entierro de la víctima y el hecho de viajar a Quito en compañía de Marco Antonio Pavón Palacios, trayendo la cabeza del occiso en un jeep "Nissan Patrol" para dejarla en el Colegio Mercedario de esta ciudad. Sus declaraciones guardan conformidad absoluta si se quiere, con el informe suscrito por, el Director General de Investigación Criminal Coronel de Policía Jorge Humberto Castro Pavón, informe que corre a fs. 57 a 90 del primer cuaderno; b) En otras palabras, ella prestó su concurso esencial en los actos relacionados con el delito acuerdo de voluntades, su ayuda principal, deliberada e intencional que prestó a su ejecución, no son actos de mera complicidad sino de inequívoca auditoría del hecho delictuoso. Con conocimiento del delito de plagio que se iba a cometer intervino en la construcción de una cabaña donde mantuvieron los autores de los hechos mencionados, privando de libertad a Briz. Prestó ella también su concurso para la apertura de una fosa en donde se iba a sepultar el cadáver de la víctima y finalmente, participó en el sorteo de quien debía ultimar al plagiado; QUINTA.- De su confesión se puede conocer que el 17 de agosto de 1977 "Gía concurre a su casa" y le dió instrucciones para que acompañase a uno de los que formaban la banda para que realizara compras de utensilios de comedor. Relata su intervención en la construcción de la casa o choza en Majahua; refiere que el 26 de noviembre de 1977 recibió la orden de Gía Bustamante para trasladarse al sitio Majahua, en Manabí. Afirma igualmente que conoció antes de trasladarse a ese lugar que iba a realizarse un secuestro y que el 30 de noviembre de 1977 recientemente pudo conocer la identidad del secuestrado. Añade que intervino en el sorteo para darle muerte por decisión de Marco Pavón y confiesa que después del asesinato vinieron a Quito y, según sus palabras "Optamos por sacar el cartón con la cabeza (de Briz) que se encontraba bajo el asiento del conductor para luego ponerlo en una funda plástica y dirigirnos al sector del Teatro Capitol". Afirma que cambiaron luego de opinión y se dirigieron al Convento de las Religiosas Mercedarias."Como miramos - dice - que en este sitio no había movimiento de ninguna clase y estaba obscuro, paró el carro Pavón media cuadra más allá del Convento para bajarnos los dos y, tomando la funda que se encontraba en la caja depositarla "en el patio del Colegio" Si bien alega que fue presionada

por Gía Bustamante para marchar a Majahua; que se excusó de participar en la muerte de Briz y que su excusa no fue aceptada por Marco Pavón y que, arrepentida de su actuación, considera que participó "por coacción y por temor a represalias provenientes de Gía Bustamante, "Presión" que también admite este último que ejerció sobre la culpable. Pese a tal defensa y aclaración, la Sala consigna que no es dable admitir la exculpación de la declarante ya que la coacción de Gía Bustamante, en caso alguno pudo enervar el uso racional de su discernimiento para llevarla a abstenerse de delinquir, en otras palabras no hay prueba alguna en el proceso de que la encausada hubiere sido intimidada de tal modo que su capacidad de elección se anuló; SEXTA.- La responsabilidad de Hilda Silvana Sáenz Ruiz ha sido puntualizada por el informe policial antedicho; los cargos que se le imputan pueden leerse en el folio 75 y son los siguientes: a) Participó en las reuniones con Gonzalo Molina, Vicente Molina, Fernando Viteri Zúñiga y Henry Humberto Villacís Díaz; b) Realizó el estudio de teléfonos dividiendo la ciudad en sectores para el operativo del secuestro; c) Participó en el plagio esperando en la camioneta TOYOTA (furgoneta) color azul en compañía de su cuñado Fernando Viteri Zúñiga, el día 28 de noviembre de 1977 fecha en la que fracasó el operativo; y, el día 29 de noviembre del propio año, junto con su cuñado esperó en el mismo lugar hasta que llegó el secuestrado José Antonio Briz López; d) Acompañó al secuestrado y secuestradores hasta Quevedo de donde regresó en un bus interprovincial; e) Entregó la primera carta a Sor Francisca López en la Secretaría de la Facultad de Enfermería de la Universidad Católica; f) Entregó la segunda carta a Monseñor González en la calle García Moreno, carta que estaba dirigida a Monseñor Pablo Muñoz Vega g) Hizo una llamada telefónica desde el café IMPERIO de esta ciudad, a la cónyuge de Antonio Briz, señora Martha Alarcón de Briz a quien indicó que retire dos cartas del Asilo de Ancianos y que siga las instrucciones; h) Acompañó a Fernando Dávila Ochoa hasta El Empalme cuando llevaban el mensaje recibido en Cuenca indicando que todo había fracasado en lo atinente al rescate y que procedan conforme al plan previamente establecido, reuniéndose posteriormente con Fernando Viteri Zúñiga, Henry Humberto Villacís y Fernando Dávila Ochoa, para analizar el desenlace final del secuestro, esto es para adoptar los últimos acuerdos sobre la muerte de la víctima y tomar las precauciones necesarias para evitar su detención; i) Recibió de Henry Humberto Villacís la suma de dos mil sucres en el salón LAS HUACAS, dinero que fue entregado por intermedio de

Fernando Dávila Ochoa a Kléber Gía Bustamante. Todo lo anterior consta del informe del coronel de Policía Jorge Humberto Pavón en calidad de Director Nacional de investigación Criminal y queda en evidencia que la encausada cuya responsabilidad se examina, cooperó con pleno conocimiento y voluntad al delito del plagio que intervino en los actos consistentes en portar mensajes que llevaban la explícita amenaza de muerte de Briz, para el evento de no accederse a los designios de los autores y, si bien es verdad que no intervino en la ejecución material del asesinato, coadyuvó como la otra encausada Martha Beatriz Naranjo Manzano, de un modo esencial y directo al hecho que se juzga realizando deliberada e intencionalmente actos idóneos de cooperación para la muerte del industrial secuestrado. No puede admitirse que la encausada pudo dudar siquiera de los fines ilícitos para los que fue requerida. Se le encomendó, como queda dicho entregar en sigilo cartas al Cardenal Arzobispo de Quito, a la mujer del plagiado, a Sor Francisca López, acompañada en todos esos movimientos por otros codelincuentes, recibió finalmente dos mil sucres de manos de Fernando Dávila Ochoa, intermediario de Humberto Villacís para entregarlos a Gía Bustamante a fin de que con ese dinero pueda tomar providencias encaminadas a eludir la captura de este último. Todos estos datos constan de las diversas declaraciones, confesiones y ampliaciones rendidas por la encausada, así de fs. 135 a 139; 338 a 339; 567 y vta., y 1122 a 1123 vta. SEPTIMA.- Incumbe a la Sala examinar la responsabilidad de Gil Leonardo López Monsalve con la mayor acusiosidad posible, teniendo en cuenta que fue condenado en el fallo del primer nivel y que se le absuelve definitivamente en la sentencia expedida por la Corte Superior de Quito. El análisis de la prueba pone en evidencia los siguientes hechos y antecedentes: a) La sentencia de primera instancia que, como acaba de expresarse fue revocada por la de segunda, condenó con ligereza de examen y sin ninguna prueba valedera a Leonardo López Monsalve reputándolo autor del delito de plagio y muerte de Briz López. Los fundamentos de la condena del primer fallo se refieren a datos muchos de ellos, no comprobados y que ni siquiera son susceptibles de llevar al sentenciador por vía de deducción o inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido; menos aún pueden ser estimados como presunciones en los términos del Código de Procedimiento Penal conforme al cual, para tomarse como tales deben ser consecuencias lógicas derivadas de ciertos acontecimientos debidamente establecidos. La conducta del acusado López Monsalve examinada por el Juez de primera instancia, no lleva a ninguna

conclusión relacionada ni con el plagio ni con el asesinato del industrial Briz López; b) Como en otros fallos ha señalado ya esta Sala, la ley procesal penal exige que "toda prueba será apreciada por el Juez o Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica" como así lo preceptúa el Art 64 del Código de Procedimiento Penal y que las presunciones que el Juez o Tribunal deduzca de las pruebas constantes en el proceso deben ser, graves, precisas y concordantes. Que las presunciones serán graves significa que los hechos de donde se deduce sean concluyentes, que la conclusión fluya como una consecuencia lógica de los antecedentes, que sean precisas, quiere decir que lleven a la conclusión que pretenda establecerse, esto es, que no sean vagas ni conduzcan a diferentes conclusiones; que sean concordantes, quiere decir que todas guarden relación y conexión entre sí y que no se excluyan entre ellas. Estas condiciones no concurren, según los datos del juicio para imputar a López Monsalve la comisión de los delitos por los que se ha iniciado este juicio, tanto más que el Art. 66 del Código de Procedimiento Penal que es idéntico tenor virtualmente al que constaba en la ley procesal conforme a la cual prosiguió esta causa determina que "para que la presunción sobre el nexo causal entre la infracción y sus responsables constituya prueba es necesario: 1o - que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho; 2o - que se funde en hechos probados y nunca en otras presunciones; y 3o -que los indicios sirvan de premisa a la conclusión y sean: a) varios; b) relacionados tanto en el asunto materia del proceso como los otros indicios, esto es que sean concordantes entre sí; c) unívocos, es decir que necesariamente todos conduzcan a una sola conclusión; y, d) directos, de modo que permitan establecerlos lógicamente y naturalmente; OCTAVA.- Teniendo en cuenta la transcripción de la ley que antecede, es necesario consignar que en la prueba indiciara, según la doctrina, la concordancia de los varios indicios sólo conduce a la certeza cuando concurren al mismo resultado. La concurrencia y si se quiere la convergencia de indicios deben relacionarse con el hecho que es materia de la pesquisa judicial; no basta que los indicios sean múltiples y que aparezcan probados; es indispensable que, en su conjunto, produzcan la certeza del hecho que se imputa al encausado y señalen al mismo sujeto como autor, como cómplice o como encubridor de un delito. De cada indicio debe obtenerse la misma convicción o certeza sobre el hecho que se investiga. Por eso es que la Sala requiere para proceder con absoluta responsabilidad analizar los fundamentos del fallo de primera instancia que configuran la

base de convicción del Juez Tercero de lo Penal para condenar a López Monsalve. Con relación a este punto, se observa: a) Dicho Juez parte del indicio que sugiere la amistad de López Monsalve con el autor confeso del hecho ilícito - plagio - Gía Bustamante; refuerza su convicción "por sus constantes viajes a Quito para entrevistarse con éste", antes del secuestro, durante el cautiverio y después de su asesinato", es decir del de Briz y añade el Juez que esto consta de su confesión rendida a fs. 1107 1119, más, es lo cierto que estos constantes viajes ni han sido comprobados plenamente ni el encausado los ha admitido. Este se ha limitado a señalar en su muy dilatada declaración que en el año de 1973 conoció a Gía Bustamante en Chile; que se hospedó en 1976 varios días en casa de Kléber Gía Bustamante en Quito; que años después, residiendo en la ciudad de Cuenca decidió "legalizar la situación" de su hija y su mujer, mediante gestiones en el Ministerio de Relaciones Exteriores, para cuyo objeto añade "obtuvimos hospedaje en la casa de la Lcda. Clemencia Gía. merced al hermano de esta durante cuatro días, en donde conversamos asuntos generales de política ecuatoriana y latinoamericana, y, además de cosas generales y normales entre personas que se pueden llamar amigas", que en noviembre de 1977, con motivo del fallecimiento de su suegro, decidió viajar con su mujer a Bogotá para gestionar la venida de su suegra a Cuenca, en la Embajada Cubana en Colombia, y, a su retorno, por vía terrestre, llegaron a Quito a eso de las diez de la noche, " y por la imposibilidad de continuar el viaje a la ciudad de Cuenca" solicitaron alojamiento por esa noche a Kléber Gía, como "así sucedió". Relata, además, López Monsalve que el 5 de noviembre de 1977, después de viajar a la Costa, a Riobamba y Ambato con motivo del negocio de distribución y venta de libros, llegó a Quito con igual objeto y evacuadas esas diligencias retornó a Cuenca; que por fin, en los primeros días de diciembre de 1977 viajó nuevamente a Guayaquil retornando a Quito el 5 del propio mes y año y como no encontró alojamiento y supuso "que todos los hoteles están copados", se acordó entonces de Gía Bustamante, le llamó por teléfono y le solicitó alojamiento, negándosele por tener otros huéspedes y lo condujo a la casa del Ingeniero Carrillo. Relata de este modo el procesado sus actividades lícitas, negando toda vinculación con el hecho criminal y afirmando su desconocimiento de las circunstancias relacionadas con el plagio y asesinato de Briz; b) La sentencia de primera instancia, al afirmar de las constantes visitas " a esta ciudad" de López Monsalve para entrevistarse a Gía Bustamante, "antes del secuestro, durante el secuestro y después del

asesinato" de José Antonio Briz López deja entrever el ánimo de exagerar innegablemente este dato, relacionado con el hecho de entrevistarse con Gía, y, para dar mayor énfasis a la imputación, agrega estas palabras: "así lo dice el mismo sindicato". Pero es lo cierto que, las "entrevistas en Quito, se reducen a tres, a saber: una en 1976, otra en noviembre de 1977 por una noche a su retorno de Bogotá en que estuvo acompañado de su mujer y, una tercera, cuando logró hospedaje en casa del Ingeniero Carrillo. Con lo anterior, es incuestionable que nada puede probarse sobre la pretendida participación criminosa de López Monsalve en los actos que se pesquisan; c) En la letra b) del considerando cuarto de su sentencia el Juez de lo Penal, hace afirmaciones que no constan en ninguna pieza procesal y de ninguna prueba, cuando dice, refiriéndose a López Monsalve: "planeó la obtención del rescate, haciendo intervenir como mediadora a su hermana Sor Francisca López Monsalve, con quien tuvo entrevistas en esta ciudad antes de su viaje aéreo a la ciudad de Cuenca". Estos planes no han sido demostrados en el curso del proceso y jamás han sido admitidos por el imputado. Todo lo contrario, en su indagatoria de fs. 996 - 997 y de 1035 a 1039, niega López Monsalve todo género de participación en la ejecución del plagio y asesinato de Briz López; niega haber conocido a los sindicatos, con excepción de Gía Bustamante naturalmente de Gonzalo Molina Vélez que le fue presentado después de la muerte de Briz, niega igualmente haber conocido del plagio; NOVENA. - En el proceso, según así lo advierte con acierto y lógica el señor Ministro Fiscal General, respaldado en las pruebas del juicio, no hay demostración de la autoría ni de la complicidad de López Monsalve tampoco indicios que tengan el carácter de varios, relacionados, directos y unívocos que converjan a tales delitos. Ninguna actuación válida existe que patentice la confabulación en los actos de preparación, ni actuaciones en el plagio ni en el asesinato de Briz López por parte de López Monsalve. Tomar como indicio los dichos de Fernando Dávila Ochoa, atribuidos a Gía Bustamante sobre el hecho que "del rescate no hay problema porque está encargado "Choco" en Cuenca", según consta de las declaraciones de fs. 140 a 148 hechas en la Dirección General de Seguridad Pública, y sobre la supuesta recomendación consignada en un papel diciéndole "que se largue inmediatamente y que todo ha fallado; y que el que estaba en peligro era el contacto en Cuenca" no hay tampoco certeza alguna, todo ello resulta ser afirmación que carece de toda fuerza desde que la referencia indirecta sobre tales dichos que se atribuyen a Gía Bustamante, han sido

categoricamente desmentidos por éste último. A lo anterior se agrega que ninguno de los sindicados; según así lo manifiestan, pueden afirmar que conocieron a López Monsalve antes del hecho ilícito que se juzga, ni física ni moralmente, ni por su propio nombre, ni por el apodo "Choco", salvo claro está Gía Bustamante con quien había mantenido antigua amistad debiendo reconocerse que este último exculpa de toda participación criminosa a López Monsalve; DECIMA. - Hecho que merece particular análisis y reflexión es el que se vincula al viaje de Sor Francisca López, Decana de la Facultad de Enfermería de la Pontificia Universidad Católica, el mismo día en que el imputado se dirigió a la ciudad de Cuenca por vía aérea y el hecho alcanza relevancia por el parentesco entre la religiosa y el procesado, al respecto es de reconocer también que bajo juramento Sor Francisca López, señaló ante el Comisario Quinto de Policía, como Juez instructor que para ella resultó sorpresivo encontrar a su hermano en Cuenca y que por la gravedad de su misión como era la de llevar el maletín que presuntamente contenía el dinero del rescate, misión que aceptó por orden de las autoridades eclesiásticas, acompañada y vigilada desde su residencia hasta el aeropuerto por oficiales de policía de alto rango, situación en extremo riesgosa que le impidió dar a nadie razones de su viaje. Si bien es verdad que Sor Francisca López es hermana de Gil López Monsalve no lo es menos que, en el ordenamiento de la infracción, sus autores resolvieron contar con miembros de la más alta jerarquía eclesiástica como el Cardenal Arzobispo de Quito y el Obispo Auxiliar de la Archidiócesis Monseñor González; en suma la religiosa fue escogida como mediadora para obtener el rescate, sin éxito, más esto nada prueba en su contra ni en la de su hermano; DECIMA PRIMERA. - También es preciso desvanecer o valorar en su justo mérito la declaración que Hilda Silvana Sáenz, declaración que corre a fs. 338 - 339, por la aparente contradicción que pudiera darse en sus dichos, ya que inicialmente afirmó reconocer en una fotografía a Leonardo López Monsalve como el individuo que subió a una camioneta en la que viajaba la declarante con otros codelincuentes, bajándose en un lugar cercano a la Facultad de Medicina, para luego rectificarse en la ampliación de su declaración indagatoria de fs. 1567. Aún de admitir que López Monsalve viajó en la camioneta tal como lo relata Hilda Silvana Sáenz Ruiz, nada probaría en contra de López, apreciando globalmente la prueba que le resulta en todo y por todo exulporatoria al imputado, trátase de un hecho aislado y único, frente al cual es preciso; tener en cuenta la doctrina y la Ley según las cuales, para garantizar la imparcialidad del

juzgador, en el caso de que un testigo o un cosindicado que ha declarado contra un acusado en juicio, pronunciándose en su contra en determinado sentido, si en una nueva declaración manifiesta que incurrió en error de memoria o percepción y que por ello se retracta, debe aceptarse tal rectificación y aún en la hipótesis más grave, como sería una modificación sustancial de su declaración originaria, incurriendo si se quiere en contradicciones insalvables, el deber del Juez, estaría en restar credibilidad al declarante, pero nunca podría conferir verdad absoluta al primer testimonio o declaración, elevándolos a la categoría de prueba en perjuicio del acusado. En la práctica judicial se observa con extrema frecuencia y grave detrimento para la administración de justicia que al trasladar un testimonio, declaración o confesión, el empleado o funcionario que lo hace o el Juez que dicta el testimonio o declaración, altera, sin intención desde luego, el espíritu genuino de lo manifestado por el declarante, confesante o testigo. Por las consideraciones que anteceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se confirma la sentencia expedida por la Tercera Sala de la Corte Superior de Quito, que impone a Hilda Silvana Sáenz Ruiz y a la Lcda. Martha Beatriz Naranjo Manzano la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria por el delito del artículo previsto 188 del Código Penal con los resultados del Art. 189, numeral octavo del mismo Código y que absuelve definitivamente a Leonardo López Monsalve por no existir en su contra cargos de responsabilidad. Con costas daños y perjuicios. En cincuenta mil sucres se regula el honorario del Doctor Jorge Andrade Lara, por su intervención profesional como defensor de la acusadora particular señora Martha Alarcón Vda. de Briz. Notifíquese..