

## CAPÍTULO XI

### RETÓRICA Y DERECHO

1. El jurista orador ..... 131
2. El derecho como retórica ..... 133
3. En las "Instituciones" el derecho es retórica ..... 136

## CAPÍTULO XI

### RETÓRICA Y DERECHO

#### 1. El jurista orador

Sin perjuicio del fin educativo, en las *Instituciones oratorias* hay muchos consejos para la formación del abogado humanista, que realiza una de las más nobles actividades civiles. Como sabemos, el mismo Quintiliano ejerció la abogacía, recogió sus propias experiencias de jurista y retórico, además de los conocimientos del pasado.

Con vistas al litigio da preceptos jurídicos y retóricos porque, como quiere Cicerón, el jurisconsulto ha de ser el mejor de los oradores; el orador, el mejor de los jurisconsultos. Aquél deberá conocer a fondo la retórica; éste será diestro en el manejo del derecho civil.

Instrucciones para el abogado, entre otras, hallamos las del título 9 del libro XII. “También necesita el orador tener conocimientos del derecho civil —dice

Quintiliano—, como también de las costumbres y de la religión de aquella república cuyo gobierno tomare a su cargo. Porque, ¿de qué manera podrá persuadir en las deliberaciones públicas y particulares, si no tiene noticia de tantas cosas en que principalmente se funda una ciudad? ¿Y de qué manera podrá decir con verdad que es abogado de las causas aquél que tenga que mendigar de otro lo que tiene mayor fuerza en ellas, no muy desemejante a aquellos que recitan las composiciones de los poetas?”<sup>1</sup>

Y a quien defiende le pide que ponga el mayor esmero en el decir, pues la palabra hablada es su principal instrumento, como reconoce el antiguo derecho español, cuando dice en las *Partidas* de Alfonso el Sabio: “El abogado es vocero, y se llama así porque es el que razona el pleito de otro o suyo, demandando o respondiendo. Se llama así porque usa su oficio por medio de la voz”<sup>2</sup>.

Los oradores poseían una preparación jurídica para responder a las consultas de sus clientes, y defendían en causa ajena con los procedimientos retóricos. En el juicio empleaban argumentos para resolver las causas de derecho, y luego conmovían con la fuerza del patético, muy eficaz y útil a la causa. Convenían y conmovían, usaban pruebas lógicas y retóricas, concluyendo el discurso forense con el adorno y los afectos, sin los cuales el discurso no es el razonamiento caluroso de Platón.

<sup>1</sup> *Instituciones*, XII, cap. III.

<sup>2</sup> Partida Tercera, Título Sexto, Ley Primera.

## 2. El derecho como retórica

La relación entre retórica y derecho se comprueba en el método de interpretación de los juristas romanos y pretores.

El derecho no es pura lógica ni matemática, y quienes ven en la sentencia un silogismo cuya premisa mayor es la norma, la *premissa* menor, el caso, y la conclusión, la sentencia, no saben qué es realmente el derecho.

Para el genio jurídico de los romanos, la jurisprudencia no es una ciencia en el sentido de búsqueda y sistematización de conocimientos objetivos, sino una actividad práctica dirigida a conseguir lo justo en el orden social; y el vocablo *prudencia*, diferente del conocimiento en sí o *sabiduría*, es un arte de dar una respuesta adecuada cuando ella es requerida, arte que poseían tanto el *jurisconsulto* como el *pretor*, conocedores de algo más que la lógica y las normas del derecho.

“El prudente jurídico —dice Biondi—, a diferencia de los filósofos griegos, que amaban apartarse del mundo para no ser perturbados en sus pensamientos, vive en la realidad práctica, capta sus necesidades y con *prudencia* logra resolver los inevitables conflictos de intereses, de una manera justa. Todo ello presupone el conocimiento pleno de la realidad, en su integridad y en la multiplicidad de sus relaciones. El conocimiento de las cosas humanas y divinas se re-

quiere no sólo por ellas mismas como objeto de conocimiento, sino como presupuesto científico para actuar con justicia, que es el fin esencial de la *iuris prudentia*. La definición viene a indicar que la ciencia no está separada de la vida, sino que sirve a la vida”<sup>3</sup>.

Según hemos visto en esta obra, Quintiliano coloca al orador en el vasto campo de la sociedad humana; y si el jurisconsulto es también un orador, su saber, mucho más que especializado, es pleno conocimiento del hombre, de la vida y de los fines del derecho.

Cuando las *Instituciones* inspiran en el abogado humanista el afán de justicia, ello armoniza con el plan educativo, forma parte del plan educativo, porque enseñar al hombre a realizar la justicia es educarlo y hacerlo realmente humano.

Si los problemas del derecho no pueden ser solucionados mediante una sistematización deductiva; si la jurisprudencia es ante todo una faena práctica, esta faena no se agota en la lógica de lo verdadero, si bien ésta sirve a la jurisprudencia.

La solución de un caso jurídico viene precedida de un arte de la disputa, de una dialéctica retórica, o de lo verosímil, sobre la base de una búsqueda de premisas que servirán para las razones del dominio de la retórica, cuya argumentación debe ser sin contradicciones.

<sup>3</sup> Biondi, Biondo. *Arte y ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1953, p. 38.

La retórica suministra prudencia humana en el sentido ya expuesto; aviva la capacidad imaginativa; enseña a considerar las diversas opiniones y puntos de vista, poniendo el pro y el contra en la discusión del caso jurídico; y el arte de la persuasión, como búsqueda de juicios probables, da razones unidas en la argumentación retórica, que producen pruebas vehementes, cercanas a lo verdadero. Así, la retórica proporciona al jurista una manera de pensar el derecho distinta de aquella que se basa en el método de la lógica.

Considerando que el jurista se mueve dentro del campo de la interpretación jurídica, pues toda norma de derecho está sujeta a la interpretación, y en ésta caben todos los puntos de vista también sujetos a revisión; considerando que la lógica es insuficiente para la solución de los asuntos humanos, se comprende que la retórica es necesaria al derecho, más bien que todo el derecho es retórica en un mundo de valoraciones.

Como semejante noción parece peligrosa para la seguridad jurídica y nos sitúa en la incertidumbre, el jurista Perelman considera que no es legítimo pretender que allí donde el razonamiento no nos conduce a conclusiones necesarias o impositivas, se mueve uno por entero en el campo de lo arbitrario. Se puede calificar de razonable una conducta o una decisión que pueda justificarse por medio de fuertes argumentos; y, por el contrario, debemos juzgar irrazonable aquella otra conducta que no pueda presentar más que argumentos muy débiles en su favor. "Argumen-

tar no es simplemente conformarse a reglas; y argumentar mal no consiste en transgredir esas reglas. De una argumentación se dice que es fuerte o débil, que está bien llevada o mal llevada”<sup>4</sup>.

Se concluye, pues, que la argumentación, propia de la retórica, no la demostración, propia de la lógica, de las ciencias inductivas y experimentales, es el procedimiento para la solución de los casos de derecho. Éste escapa a la certidumbre del cálculo; en su predio se manipula lo verosímil, lo plausible, lo probable.

### 3. En las “Instituciones” el derecho es retórica

De las *Instituciones* de Quintiliano se sacan enseñanzas acerca de la prueba en juicio, acerca de la búsqueda de argumentos verosímiles semejantes a las presunciones de la ley.

En los capítulos del primero al séptimo del libro V trata de la división de las pruebas: el rumor o la voz común, las escrituras públicas, el juramento, los testigos.

El capítulo VIII estudia las pruebas artificiales; el capítulo IX, los indicios o señales, acerca de las cuales dice: “Otras señales hay dudosas o probables. Y dado el caso que por sí solas no hacen argumento,

<sup>4</sup> Recaséns Siches, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XIX*, que contiene la nueva crítica contra la lógica sistemática en el campo jurídico, por Ch. Perelman, México, Porrúa, 1963, t. 2, p. 1045.

juntas a las demás confirman el caso”. “Estas cosas en tanto prueban en cuanto son ayudadas de otras circunstancias”. Incumbe al abogado establecer correctamente el nexa entre esas señales probables y otras circunstancias, entre todos los argumentos verosímiles.

Quien maneja los argumentos tiene que conocer bien la naturaleza de las cosas para saber qué puede sacar de cada una de ellas; y aunque a las cosas y a los hombres suelen acontecerles lo mismo generalmente, no siempre ocurre así, de modo que no son pruebas indubitables, y el orador conjetura ante lo verosímil. El jurista debe ser hábil en conjeturar ante lo verosímil, según prescribe Aristóteles en su *Retórica*.

Ya hemos mencionado algunos lugares comunes a que se refiere Quintiliano; pero consideraciones más extensas las encontrará el lector en el capítulo X del libro V de las *Instituciones*.

Del mencionado capítulo se aprende el uso de los argumentos en el proceso jurídico, y aunque Quintiliano no es breve en esta parte, sin embargo no desarrolla el tema de la tópica, estudiada por Aristóteles y Cicerón. Como se dijo, la tópica trata de los lugares comunes vinculados con las cosas de que se trata, ideas generales aplicadas a los asuntos más diversos, de los cuales el orador saca los materiales de sus discursos, y el jurista, las premisas y presunciones que atañen a los problemas del derecho.

Cicerón enseña un estilo de pensar el derecho, cómo buscar lo razonable, las opiniones y premisas



fundadas fuera de la ley, porque el hombre vive en un mundo de valoraciones más amplio que la ley. "Nadie quiere que la ley se respete por ser ley —dice—. Interpretemos las leyes si queremos ser útiles a la República, conforme con el bien y la utilidad de la misma República".

La interpretación ciceroniana es retórica, no fundada únicamente en la lógica. Ciertamente, hay una lógica de la persuasión, pero es una lógica de lo verosímil, no de lo verdadero.

Quintiliano tiene ese estilo de pensar el derecho, como un retórico inspirado en las enseñanzas de Aristóteles y Cicerón.

No corresponde extenderme más al respecto. Baste lo dicho para comprender que Quintiliano enseña un arte de la argumentación retórica para el derecho, porque la mayor parte de los asuntos jurídicos se dan en el campo de lo verosímil, y el jurista indaga el caso poniendo todos los medios de la retórica al servicio de la justicia.

Toda argumentación en el caso judicial, o cuando hay duda acerca de una norma jurídica, debe ser acogida si hay argumentos válidos, razonables en los términos expuestos; y si son convincentes, digamos persuasivos en un grado satisfactorio para el jurista y el juez, sirven de base para decidir la cuestión. Entonces el jurista se siente orgulloso de que su faena intelectual es asimismo un trabajo moral, se siente orgulloso de haber hecho algo más que un silogismo.