

FRANCISCO JAVIER DORANTES-DÍAZ

Retórica y derecho hoy

Una pregunta inicial: ¿por qué, supuestamente, la retórica ha dejado de ser útil en ramas del conocimiento en donde era indispensable? Con seguridad habrá distintas respuestas. Algunos culparemos a la ignorancia, más propia de nuestros tiempos que de la Antigüedad clásica; otros, a la mala fama de los sofistas; otros más, al cartesianismo; otros, al positivismo o a las escuelas analíticas. Aunque lo más grave es que existen algunos que, dentro de los mismos espacios universitarios, ni siquiera se plantean esta interrogante, porque para ellos la retórica no existe.

A estas incipientes alturas, más de uno quisiera increparme y decirme: “¡Doctor, su postura es insostenible! ¡La retórica está más vigente que nunca!”. Sí, quizá tenga razón. Pero en el derecho parece no ser así. Los abogados, sobre todo los más ignorantes, utilizan la palabra ‘retórica’ desde una perspectiva peyorativa. Es retórico el discurso que no utiliza elementos científicos. Es retórico el abogado que habla sin sustento y sólo con el cuidado de la forma. La retórica es contraria a la lógica. Es más, dentro de la aceptada argumentación jurídica nos cuidamos de no mencionar a la retórica, así sea de manera incidental. En pocas palabras, el abogado teme que se le llame retórico.

Pese a las importantes reformas a nuestra dogmática penal, que nos llevan a la instauración de los juicios orales, la ignorancia y el rechazo a la retórica continúan, en términos generales, en el derecho. De lo más absurdo que he llegado a escuchar es que la retórica constituye una forma de justificación burguesa del derecho de nuestro tiempo. Es una ideología dominante sobre una clase social más débil. En el mismo sentido leía hace poco una sugerencia de Manuel Atienza, especialista en argumentación jurídica, según la cual los abogados deberíamos cambiar nuestro estilo retórico por la argumentación “crítico racional” (2006: 11). Esto confirma que aún no alcanzamos a comprender

que no hay nada más crítico del poder que la retórica misma. Pero, entonces, ¿cómo definiríamos la retórica para no referirnos a ella de manera peyorativa?

DEFINICIÓN Y ALCANCE DE LA RETÓRICA

Aristóteles (2002) diría que la retórica es el arte de buscar en cualquier situación los medios de persuasión disponibles. Chaïm Perelman (1989) afirmaría que es el estudio de técnicas discursivas que tratan de provocar y de acrecentar la adhesión de los espíritus a tesis que se presentan para su asentimiento.

Estas definiciones, complementarias entre sí, nos pueden llevar a señalar algunas cuestiones que nos permitan puntualizar sobre sus alcances. Primero, la retórica trata de persuadir por medio del discurso (Perelman, 1979); es decir, utiliza las técnicas propias del debate y la controversia. Además, se sirve del lenguaje para obtener la adhesión.

Segundo, el discurso debe demostrarse (Perelman, 1979). Una herramienta efectiva en este caso es la lógica formal, que puede ser más que persuasiva. Entre las características del argumento está el que sea persuasivo, pero a condición de que se admita la veracidad de las premisas. En el derecho podría radicar una trampa. Si utilizamos la norma como una premisa y la damos como verdadera en una determinada circunstancia, no se garantiza la corrección del razonamiento jurídico. En otras palabras, puede existir un razonamiento lógicamente correcto, pero jurídicamente inválido. La lógica, desde esta perspectiva, sólo es una herramienta más de la retórica, sobre todo la aplicada al derecho.

Para la demostración también resulta fundamental el estudio de los argumentos y su peso. En el derecho, en sentido amplio, hay dos tipos de argumentos jurídicos: los generales y los especiales. Sin profundizar en este momento, sólo diré

que los primeros corresponden a la defensibilidad de un caso, en tanto que los segundos deben seguir ciertas reglas de racionalidad jurídica y, por lo general, pueden ser representados de manera lógica.

Tercero, la adhesión a una tesis puede ser de una intensidad variable (Perelman, 1979). Este aspecto es fundamental cuando no se trata de verdades como las utilizadas por la ciencia, sino de valores; es decir, cuando tratamos con los denominados casos de ‘duda seria’ en el derecho, llamados así por los valores involucrados en ciertas circunstancias. En estos casos es muy útil la adhesión, pues, como señala Perelman, “nunca se sabe con qué bienes o con qué valor podrá entrar en colisión¹ en caso de incompatibilidad y, por tanto, de elección inevitable” (1979: 141).

Cuarto, la retórica se distingue de la lógica formal y, en general, de las ciencias positivas, en que “no se refiere tanto a la verdad como a la adhesión” (Perelman, 1979: 140). Esta diferencia es importante, puesto que la verdad es imparcial y su reconocimiento no modifica en nada su condición. En cambio, la adhesión requiere de un grupo de inteligencias a las cuales nos dirigimos, en otras palabras, un auditorio (Perelman, 1979).

Un discurso sólo puede ser eficaz si es el adecuado para persuadir o convencer a un determinado auditorio. Aquí comienza una diferencia que tenemos que explicar entre la retórica tradicional y lo que Perelman denominó nueva retórica.

¿SE NECESITA DE UNA NUEVA RETÓRICA EN EL DERECHO?

Perelman (1979) señala que una diferencia esencial entre la retórica tradicional y la nueva retórica es que, mientras que la primera se refiere a las técnicas del discurso público dirigido a una muchedumbre no especializada, la segunda considera que la argumentación puede dirigirse a auditorios variados.

Adicionalmente, para Perelman, la nueva retórica debe englobar todo el campo de la argumentación, el cual es complementario a la demostración y a la prueba inferencial,

1 El tema de la colisión de derechos es uno de los más importantes dentro de la teoría de la argumentación jurídica actual.

propios de la lógica formal. Otra diferencia cardinal es la preocupación que tiene la nueva retórica respecto a los discursos sobre valores y no sólo sobre hechos reales.

De esta manera, la nueva retórica es el estudio de las técnicas discursivas que tratan de provocar o de acrecentar la adhesión de tesis presentadas a un determinado auditorio (Perelman, 1979). Cabe aclarar que esas tesis se elaboran con el lenguaje especial de una colectividad, por ejemplo, el utilizado por una comunidad profesional o en el desarrollo de una disciplina.

A la nueva retórica le importan las reacciones del auditorio. Si bien existen valores aceptados, como la libertad y la justicia, en circunstancias particulares pueden chocar entre sí. Por ello, los conflictos entre determinados valores conducen a concepciones filosóficas e ideológicas distintas (Perelman, 1979). El derecho debe tener la capacidad de resolver esos conflictos.

En las cuestiones jurídicas no basta con tener principios generales como punto de partida de una argumentación, también se requiere que su elección implique cierto reconocimiento por parte del auditorio y que pueda adaptarse para su aplicación (Perelman, 1979). La influencia sobre el auditorio no sólo tiene que ver con argumentos aislados, sino también con el conjunto del discurso.

Aquí entraría un cuestionamiento: ¿cómo se ordenan los argumentos en un discurso? Perelman (1979) responde que en atención a su eficacia; en consecuencia, no pueden formularse reglas sobre este propósito. No obstante, reconoce que en el procedimiento judicial, algunos de los principales aspectos relativos al discurso se encuentran regulados de manera precisa.

Si se toma en consideración la particularidad que la nueva retórica da a la argumentación que implica valores, a la argumentación que sólo se refiere a hechos constatables; entonces podríamos decir que, al menos para el derecho, sí resulta necesario considerar a esta retórica renovada.

Pero la necesidad de incorporar la retórica de nuevo, más allá de las consideraciones meramente teóricas, radica en las recientes transformaciones que ha sufrido nuestro sistema normativo, acorde al marco internacional prevaeciente en materia de derechos humanos. Detengámonos un poco en estas circunstancias.

LA RETÓRICA EN EL DERECHO ACTUAL

El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma a nuestro sistema constitucional que incorporó como ejes fundamentales, el reconocimiento, la difusión y la protección de los derechos humanos.



"Tu hipocresía me molesta", en *Presencias* (2013), de Yuriko Rojas.
Foto: Florencio Oliver Hernández Gómez.

Ha corrido ya mucha tinta en los medios académicos respecto al impacto que dicha reforma tendrá sobre nuestro derecho.² Sin embargo, poco o casi nada se ha dicho sobre la relevancia

- 2 En materia constitucional se reformaron once artículos con temática diversa. No es mi objetivo, en esta ocasión, profundizar sobre el contenido de los artículos modificados, sino señalar las implicaciones que estas modificaciones podrían tener respecto a la retórica aplicada al derecho.



"Soy un ser racional", en *Presencias* (2013), de Yuriko Rojas. Foto: Florencio Oliver Hernández Gómez.

que tiene respecto a la argumentación jurídica y, en concreto, a la retórica.

Desde esta perspectiva, sobre todo, resulta de nuestro interés el artículo 1º de nuestra Constitución, en particular, sus tres primeros párrafos, que a la letra señalan:

En los Estados Unidos Mexicanos *todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte*, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos *se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia* favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar *los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

ALGUNAS PUNTUALIZACIONES

La evolución de la motivación

En materia jurídica debe quedarnos claro que la exigencia de motivación en las decisiones jurídicas no siempre ha existido. En la época de las monarquías absolutas, las decisiones de los órganos de justicia prácticamente eran desconocidas por el público en general (Perelman, 1979).

Esta situación cambió a partir del triunfo de la Revolución Francesa. La división de poderes y el triunfo de la supremacía de la ley obligaron a los jueces a motivar sus juicios haciendo referencia a la legislación en vigor (Perelman, 1979). En este momento prevalecen los

valores de seguridad jurídica y aplicación literal de las leyes. El juez no puede hacer valer sus propios criterios de justicia, debe subordinarse a la letra de la ley. Éstos serían los postulados básicos de la Escuela Exegética, que predominó por mucho tiempo en nuestro país.³

Después de la Segunda Guerra Mundial, ante las consecuencias de la aplicación del derecho de forma positivista, se busca que en la interpretación y aplicación de la ley se dé prioridad tanto a la norma como a las soluciones equitativas, razonables y aceptables (Perelman, 1979).

Estas modificaciones han llevado a que, en la actualidad, los jueces tengan una mayor responsabilidad en la forma en que motivan sus decisiones jurídicas. La base de la argumentación ya no sólo es la ley, sino la utilización de principios del derecho o de otros tópicos jurídicos. Esta nueva tarea de los jueces los acerca al legislador y los lleva a un conocimiento mayor de las técnicas argumentativas (Perelman, 1979).

La necesidad de motivar las decisiones jurídicas de una mejor forma nos lleva por fuerza a una renovada utilización de la retórica como técnica argumentativa. La retórica puede ayudar a construir mejores motivaciones.

La interpretación conforme y el principio pro homine

Lo queramos o no, nos encontramos ante un momento de evolución de nuestro derecho, que requiere de una argumentación jurídica cada vez más sólida. Esta obligación, ahora, está contenida en nuestra Constitución con aspectos tales como la 'interpretación conforme' y el principio *pro homine*.

La interpretación conforme nos obliga a interpretar las normas de derechos humanos de conformidad con base en la propia Constitución y en lo previsto en los tratados internacionales de la materia. En consecuencia, esta disposición obliga a que toda decisión jurídica, además de lo establecido por las normas jurídicas que ordinariamente aplicaba, considere lo regulado internacionalmente en

3 En muchos sentidos, la Escuela Exegética sigue siendo la base del razonamiento de los abogados mexicanos. Por eso, cuestiones tales como la nueva regulación de los derechos humanos resultan ser difíciles, tanto en su interpretación como en su aplicación en nuestro derecho.

materia de derechos humanos. En otras palabras, la justificación de los actos jurídicos deberá modificarse y ampliarse. Una vez más, las herramientas que nos proporciona la retórica serán indispensables.

Pero la nueva justificación no sólo se refiere a cuestiones normativas, también se dirige a consideraciones de equidad y justicia. El principio *pro homine*, ante todo, se refiere a interpretar las normas del modo más favorable para la persona. Los actores jurídicos tienen aquí un campo de actuación más amplio. En este caso, los argumentos no pueden constreñirse al ámbito normativo, puesto que deben tomar en cuenta criterios y condiciones que realmente ayuden a la atención de las particularidades de cada persona. Una vez más, al tratar de demostrar que la norma se interpretará en pro de las personas, la retórica jugará un importante papel.

La reforma constitucional en derechos humanos también hace referencia a la aplicación específica de elementos característicos de la argumentación y la retórica: la utilización de principios, en concreto, de principios relativos a los derechos humanos, tales como el de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Respecto al principio de universalidad, cabe aclarar que se ha demostrado que es inalcanzable cualquier fundamento absoluto respecto a los derechos humanos; pero una posición teórica más eficaz, en el plano práctico, es la búsqueda del consenso de las personas (Vitale, 2007). La universalidad puede reconocerse como la mayoría, puesto que resulta prácticamente imposible que se entienda por todos. Universal significa, entonces, consenso, si no del género humano, por lo menos de la mayoría. Desde el punto de vista de la retórica, aquí se actualiza la noción de auditorio universal, a saber, la aceptación de un discurso por parte de todo ser razonable (Perelman, 1979).

También se hace referencia a la interdependencia de los derechos, esto es, a la manera en que se relacionan los unos con los otros en un

entretejido difícil de delimitar. En el mismo sentido se hace referencia a que los derechos son indivisibles, expresando con este adjetivo su naturaleza no fragmentaria y su inderogabilidad. En otras palabras, los derechos humanos deben argumentarse de tal manera que se respeten sin el menoscabo de los unos o de los otros. Por consiguiente, en las sociedades democráticas, la argumentación jurídica se convierte en una herramienta fundamental para el ejercicio de los derechos.

Pero, más aún, los derechos humanos son progresivos, puesto que van evolucionando en la medida en que la humanidad descubre nuevos aspectos para garantizarlos adecuadamente (Hernández Forcada y Rivas Sánchez, 2006). Esta cualidad también proporciona flexibilidad a los derechos humanos con la finalidad de que se vayan transformando, en atención a las circunstancias que se generan día a día.

La utilización de principios, como los aquí señalados, nos lleva a la noción de tópicos, puntos de partida para la argumentación. De hecho, también la interpretación conforme y el principio *pro homine* juegan el papel de tópicos.⁴ La mejor utilización de estos tópicos en la argumentación, una vez más, recae en el campo de la retórica. En consecuencia, la nueva retórica es necesaria en el derecho de nuestro tiempo.

En las sociedades democráticas, la retórica es obligatoria por diversos aspectos de índole metodológica e, inclusive, por obligación normativa. Únicamente por medio de la retórica el lenguaje jurídico podrá volver a alcanzar el importante papel que llegó a desempeñar en la sociedad. La retórica es vital para la justificación de las decisiones jurídicas. No se trata de mera palabrería, sino de una técnica que dignifica a quien la conoce. La retórica obliga a argumentar; argumentar, a razonar, y razonar, a elegir la solución más equitativa. La obligación de la retórica no se ciñe nada más a la última reforma en derechos humanos a

la Constitución, sino que es parte de la naturaleza de ésta. Si el derecho busca, como debe ser, el camino de la razón, éste pasa de manera forzosa por el cruce de la retórica.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Hoy como en la Antigüedad, al igual que la retórica y la democracia, la retórica y el derecho vuelven a encontrarse. Con el deseo de vivir en una sociedad más justa, espero, desde el fondo de mi conciencia, que no vuelvan a separarse. Nuestro país merece discursos de esperanza para el ser humano y sus instituciones. Es necesario que hoy volvamos a ver a la retórica en nuestro derecho como una herramienta crítica y analítica. No importa si es la vieja o si es la nueva retórica, simplemente queremos que vuelva al sitio del que nunca debió alejarse: la búsqueda de soluciones justas en el derecho. LC

REFERENCIAS

- Aristóteles (2002), *Retórica*, Arturo E. Ramírez Trejo (introd. y trad.), México, UNAM, col. Bibliotheca Scriptorvm Graecorum et Romanorum Mexicana.
- Atienza, Manuel (2006), "Prólogo", en C. Courtis (comp.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, col. Estructuras y Procesos, serie Derecho.
- Hernández Forcada, R. y H. E. Rivas Sánchez (2006), *El VIH/sida y los derechos humanos. Guía básica para educadores en derechos humanos*, México, Letra S.
- Perelman, Chaïm (1979), *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Luis Díez-Picazo (trad.), Madrid, Civitas, col. Monografías.
- Perelman, Chaïm y Lucie Olbrechts-Tyteca (1989), *Tratado de la argumentación*, Madrid, Gredos.
- Viehweg, Theodor (2007), *Tópica y jurisprudencia*, Eduardo García de Enterría (pról.), Luis Díez Picazo (trad.), Madrid, Thomson/Civitas.
- Vitale, Ermanno (2007), *Derechos y razones. Lecciones de los clásicos y perspectivas contemporáneas*, México, UNAM, col. Estudios Jurídicos, núm. 123.

FRANCISCO JAVIER DORANTES-DÍAZ. Cursó la licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma Metropolitana, México. Tiene estudios de especialidad y maestría en Derecho Constitucional y Administrativo; doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, México. Ha trabajado como profesor titular de licenciatura en el Instituto Tecnológico Autónomo de México, la UAM y la UNAM en las áreas de teoría y filosofía del derecho. En la actualidad es profesor por oposición de argumentación jurídica en la UNAM y profesor invitado en la UAM. Investigador honorario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro tanto de la Academia Mexicana de Ciencias, Tecnología y Artes, como de la Barra Mexicana y el Colegio de Abogados.

4 Me refiero a la noción de tópico propuesta por Theodor Viehweg (2007).