

# Interpretación jurídica y retórica forense

**Autor:** *Maurizio Manzin*

Profesor de Filosofía del Derecho  
Universidad de Trento-CERMEG

## Resumen

La Hermenéutica jurídica constituye una aplicación de la Hermenéutica filosófica en la cual resulta preciso comprender la interpretación no sólo en cuanto texto, sino fundamentalmente como acto. La Hermenéutica jurídica constituye también una dimensión alternativa del formalismo, y para ello resulta crucial la interpretación conforme a un método. La Hermenéutica jurídica precisa adentrarse en la vía de la retórica, en cuanto racionalidad débil que parte de las premisas de probabilidad y verosimilitud, frente a la racionalidad fuerte de la ciencia demostrativa. El carácter “procesual” del Derecho dado por la solución jurídica final a la controversia favorece la persuasión retórica.

*Palabras clave:* formalismo, retórica, racionalidad, interpretación, aplicación, jurisprudencia, persuasión.

## Abstract

Legal Hermeneutics constitutes an application of Philosophical Hermeneutics, thus rendering it necessary to understand interpretation not only in terms of text,

but also fundamentally as an act. Legal Hermeneutics represents an alternative view of formalism, and for that end, it is crucial that interpretation follows a particular method. Legal Hermeneutics requires the thorough study of rhetoric, in terms of weak rationality from the viewpoint of probability and verisimilitude in view of demonstrative science's strong rationality. The "procedural" nature of Law whereby the solution to a dispute comes from the final legal solution favours rhetorical persuasion.

*Key words:* formalism, rhetoric, rationality, interpretation, application, jurisprudence, persuasion.

Recibido: 01.09.2010

Aceptado: 01.10.2010

---

### I. Hermenéutica jurídica frente a formalismo interpretativo

Cuando nos reframamos a la Hermenéutica jurídica, deberemos precisar siempre cuál es nuestra perspectiva. De hecho, hay aspectos diversos, de mayor o menor impacto, implicados por esta materia (modos *soft* y modos *hard* de pensar en las consecuencias de la Hermenéutica sobre la metajurisprudencia y sobre las prácticas del derecho), en función del punto de vista elegido.

Para nuestros objetivos sobre esta circunstancia, nos limitaremos a recordar, entre todas las perspectivas posibles, las siguientes:

1. aquéllas para las que la Hermenéutica constituye una teoría alternativa (incluso en términos de contraposición crítica: es decir, en modo *hard*) a las narraciones del derecho de carácter 'continuista', como el positivismo jurídico normativista y formalista con derivaciones kelsenianas. Con este perfil, la Hermenéutica se constituye en una variable del interpretativismo, entendido como *genus* de las teorías para las que el conocimiento es, en mayor o menor grado, una representación subjetiva (por ejemplo, Stanley Fish). Por consiguiente, pertenece a un grupo que ya es bastante amplio de elaboraciones teóricas que se oponen a la idea hartiana de una posible 'continuidad' de la narración jurídica según cualquier tipo de criterio que se pueda extraer del mismo ordenamiento. Una postura especialmente afín a Ronald Dworkin, para quien la comprensión jurídica, a partir de los casos difíciles, es una cuestión de interpretación mediante el recurso a los principios;
2. aquéllas para las que se considera que la Hermenéutica jurídica es, especialmente, un enfoque que interesa mucho más a la jurisprudencia (entendida

- tanto como actividad de aplicación de las normas jurídicas en casos concretos llevada a cabo por los jueces, bien sea de control jurisdiccional sobre dicha actividad o como forma de razonamiento propia de los juristas teóricos) que a la legislación. Se trata de una versión *soft* de la Hermenéutica que se limita a proporcionar un punto de apoyo a los sistemas jurídicos como el continental para observar las prácticas del *common law*;
3. que consideran que la Hermenéutica jurídica es la aplicación de la Hermenéutica filosófica –en concreto, la de inspiración heideggeriana y gadameriana– en la metajurisprudencia descriptiva (por ejemplo, Esser, Engisch, Hassemer, Kaufmann).

Podríamos decir que los que muestran más interés por la primera perspectiva son normalmente, sobre todo, los teóricos del derecho post-positivista y los constitucionalistas, mientras que los de la segunda son los estudiosos de las distintas disciplinas jurídicas positivas, y los de la tercera, los filósofos del derecho. En este caso, nos limitaremos a prestar nuestra atención a esta última.

El problema principal de la Hermenéutica de los filósofos juristas es la adaptación de la metafísica, en la que la actividad del sujeto es siempre, y bajo todos sus aspectos, la interpretación de hecho (y no sencillamente la interpretación de un texto por parte de un intérprete) de los procesos cognitivos característicos de la ciencia jurídica. Desde este punto de vista, la Hermenéutica jurídica deberá precisar los términos de lo que califica como actividad interpretativa, es decir:

1. ¿la interpretación *de qué?* (de enunciados normativos, de hechos jurídicamente relevantes, de comportamientos sociales, de políticas del derecho, de actos comunicativos...);
2. ¿la interpretación *por parte de quién?* (jueces, abogados, sujetos institucionales u ocasionales del ámbito jurídico, teóricos del derecho, sociólogos del derecho...);
3. ¿la interpretación *con qué método?* (por ejemplo: ¿la interpretación es una alternativa factible al silogismo judicial de los positivistas formalistas?).

En lo que se refiere a este último punto, debemos reconocer que, al utilizar la ecuación Hermenéutica = interpretación, los autores no son unívocos y, a menudo, ni siquiera lo suficientemente claros sobre cuáles son los procedimientos lógicos que permiten atribuir de significado al objeto de la interpretación, levantando en ocasiones la sospecha (sobre todo en los estudiosos del derecho positivo) de que la Hermenéutica sea una especie de *deus ex machina* tan sugerente y evocador en la teoría como de escasa aplicación en la práctica –muy poco literaria– del razonamiento jurídico.

Ya que la cuestión metodológica (*cómo se interpreta*) comprende los elementos necesarios para aclarar las otras dos preguntas (*quién interpreta* y *qué se interpreta*),

nos centraremos en ella, tomando como referencia no tanto la experiencia del *common law* como la del derecho continental. Sólo la calidad del método nos podrá decir si la Hermenéutica jurídica podría ser una alternativa válida al formalismo, con independencia de las polémicas de naturaleza político-constitucional sobre la función judicial y sobre las relaciones entre los poderes del estado que a menudo connotan las discusiones sobre la aportación interpretativa de la jurisprudencia.

## II. Las fuentes filosóficas de la Hermenéutica jurídica

La fuente filosófica principal de la Hermenéutica jurídica se basa, como bien se sabe, en la obra de H.G. Gadamer *Verdad y método* (1960), con la que la filosofía continental se dotaba de un instrumento de extraordinario éxito en los años en los que la filosofía analítica parecía ser el punto de apoyo más riguroso, en lo que al perfil metodológico se refiere, para la teoría del derecho. La Hermenéutica, en un sentido estricto, no es una filosofía lingüística, sino que tiene como característica situar las cuestiones del conocimiento bajo la luz del significado y esto puede crear un campo de encuentro con el análisis normativo y su interés por los enunciados. Las posibilidades de diálogo entre la Hermenéutica jurídica y la filosofía analítica del derecho plantean un problema interesante: ¿en qué términos puede reivindicar la Hermenéutica una identidad filosófica ‘occidental’? En otras palabras: si la Hermenéutica puede representar –como pensamos– una oportunidad para retomar la tradición filosófica ligada a la clasicidad (véase, por ejemplo, Emilio Betti), ¿hasta dónde podría llegar en su relación con la filosofía analítica, ligada indisolublemente a la modernidad y enraizada en el carácter filosófico del empirismo anglosajón?

Principalmente, no es una cuestión de entender cuál es el papel que tiene la Hermenéutica en la separación entre filosofías analíticas y continentales (un problema que incumbe a la historia de la filosofía contemporánea y en menor grado a la teoría del derecho), sino de identificar su lugar en el filón de teorías que se oponen a la «crisis de las ciencias», magníficamente ilustrada por Husserl y por la fenomenología. La diferenciación entre una dimensión propia del sujeto y la objetivización típica de los procesos cognitivos científicos asume, de hecho, una relevancia especial en el ámbito jurídico, en el que las dos dimensiones –subjetiva y objetiva– tenderían a entrecruzarse según la forma peculiar de comprensión que representa el juicio. El análisis lógico de los enunciados normativos tiende, obviamente, a excluir cualquier valoración ligada a la dimensión subjetiva (valores, representaciones, expectativas, etc.) mientras que la Hermenéutica considera que el sujeto interpretante es la llave del significado. Deberíamos preguntarnos entonces si, en lo que se refiere a la filosofía del sujeto, la Hermenéutica ofrece una respuesta a la crisis distinta de la exclusión de la ciencia o de la anarquía interpretativista postmoderna; por otro lado, no podremos entender de qué asuntos trata con los analíticos, que no admiten nada (significativo) que se encuentre más allá del límite de la cientificidad formal.

Sin embargo, dejando a un lado ciertas ambigüedades sobre las que no podíamos mantener el silencio, nos reafirmamos una vez más en nuestra convicción de que el éxito cosechado por la Hermenéutica podría ayudar a reflexionar sobre el valor heurístico de una diferenciación entre categorías históricas y conceptuales que parecían estar ya relegadas en el desván de los historiadores del arte y de la literatura: entre lo *clásico* y lo *moderno*.

Al ser hijas y nietas de la modernidad, las teorías analíticas no pueden aspirar a superar la crisis a no ser que se abran a experiencias en las que el terreno en el que se sustenten las construcciones mentales sea menos firme (un reto que ya asumieron los post-positivistas «inclusivos»); por otro lado, apropiándose de una perspectiva clásica, y en la medida en que sean capaces de hacerlo, las filosofías continentales podrían ofrecer respuestas alentadoras a la crisis. Consideramos que estamos en unos tiempos en los que se debe buscar un punto de encuentro entre las dos ramas del pensamiento europeo: sin una solución del problema de la identidad (*¿somos ‘clásicos’? ¿somos ‘modernos’?*) no se podría afrontar de una manera que no sea relativista los conflictos del «pluralismo de los valores» (M. Weber) que agitan a la sociedad europea contemporánea.

Por este motivo, un enfoque correcto a la Hermenéutica podría comenzar por retraducir sus nociones clave en sentido metafísico, es decir, según una perspectiva clásica, teniendo siempre en cuenta el problema de la cientificidad de la jurisprudencia en el contexto de la crisis post-moderna. A continuación se propone un posible esquema de trabajo:

1. *Vorverständnis* («pre-comprensión»): la representación anticipada de los resultados de la interpretación, determinada por la pertenencia de los interlocutores a un cierto contexto discursivo en el que se sitúan ‘desde siempre’ (M. Heidegger) –contexto que se caracteriza por *prejuicios, tradición, autoridad* (H.G. Gadamer)– es una condición completamente análoga a la fijada por el concepto de ‘antecedencia del *logos*’ como condición ‘desde siempre’ dotada de inteligibilidad de los discursos (F. Cavalla: en concreto, su *La verità dimenticata*, Padua, 1996). El elemento pragmático del significado de los discursos implica, de hecho, una posibilidad comunicativa ‘abierta’ como modalidad propia del *Dasein* (nuevamente Heidegger, *Sein u. Zeit*).
2. *Hermeneutischer Zirkel* («círculo hermenéutico»): la reciprocidad de la relación entre las partes y el todo (en lo que se refiere a un texto) es completamente similar a la relación entre lo uno y lo múltiple en la filosofía clásica (Platón, Aristóteles): en ambos casos, es esencial el concepto de ‘co-originariedad de *identidad y diferencia*’ (Cavalla, *op. cit.* y Manzin, M.: *Ordo iuris*, Milán, 2008). El «principio» (*arché*) del ser-pensamiento-discurso (*logos*), en cuanto racionalidad trascendente, tiene en sí mismo la capacidad de diferenciarse constantemente, mostrando algunas cosas y reteniendo otras en el misterio del origen

(véase el estudio de Heidegger sobre la noción de verdad como *aletheia*, es decir, ‘hacer evidente’, que se ha vuelto a publicar en *Hitos*). Lo que se comprende como un todo no es nunca una mera suma de las partes, sino que tiene una unidad propia inteligible custodiada en el «principio».

El enriquecimiento metafísico de la Hermenéutica presenta aspectos de expansión muy interesantes para esta filosofía que no se deberían rechazar basándose en suposiciones ideológicas.

### III. La Hermenéutica como teoría argumentativa

Se puede considerar que la Hermenéutica es una expresión, situada en el campo de la teoría y de la práctica interpretativa, de la categoría más amplia de las filosofías a las que atañe el denominado «giro argumentativo» que se produjo después de 1958. De hecho, en ese año aparecieron los dos textos fundamentales de C. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca: *Tratado de la argumentación*, y de S. Toulmin: *Los usos de la argumentación*. Estas obras proporcionaban una serie de respuestas a las cuestiones más relevantes del panorama filosófico contemporáneo, que se caracterizaba por:

1. debilitamiento de las epistemologías ‘fuertes’ cartesianas, debido sobre todo a los descubrimientos más recientes en el campo de la física y de la matemática (Planck, Einstein, Heisenberg, Gödel, Turing *et al.*), así como a las observaciones críticas de la filosofía de la ciencia hacia el reduccionismo cientifista (Ayer, Kuhn, Feierabend, Popper). En este panorama, la idea de un pensamiento dominado por los procedimientos formales o empíricos, entendidos como garantes exclusivos de la cognoscibilidad de la realidad, sufría un grave compás de espera desde su propio interior;
2. «*linguistic turn*»: la deriva antimetafísica del pensamiento europeo, abrazada al logicismo, apartaba el análisis de las cuestiones filosóficas de un ámbito pluridimensional para llevarlo al monodimensional del lenguaje (L. Wittgenstein), renovando de este modo, bajo otras formas, la obsesión por la «pureza» que aflige endémicamente al pensamiento occidental;
3. acentuación, especialmente en el contexto de los estudios sociológicos, de la importancia de la comunicación pública como consecuencia de la ‘discursividad’ de las sociedades democráticas pluralistas y de sus procesos de decisión (por ejemplo, J. Habermas);
4. «*Rehabilitierung der Praktischen Vernunft*»: un movimiento del que forman parte los estudios dedicados a restaurar la dignidad gnoseológica del «saber práctico», relegado por la ideología cientifista y por el positivismo a la dimensión privada e ‘incierta’ de las opciones subjetivas;

5. apertura cognitiva a los campos no demostrativos del conocimiento, sobre todo a partir de la crítica de la fenomenología (Husserl, Jaspers) –y, en parte, del intuicionismo (Bergson)– dirigida contra la artificiosidad de las construcciones mentales objetivistas. A través de la recuperación de algunos temas característicos de la tradición filosófica existencialista, una parte importante del pensamiento europeo había vuelto al problema de la relación conciencia-mundo, desviando el centro de gravedad del sujeto individual al ser que se hace consciente de sí mismo a través de la existencia de los sujetos en su forma de interrogar. Puesto que la apertura a la pregunta sobre el ser ‘habita’ en el lenguaje, la ontología existencialista produce nuevos contactos con el decir poético y literario (cfr. Heidegger tras la *Khere* y, naturalmente, Gadamer), intentando acercar las distancias entre los saberes ‘ciertos’ y las disciplinas humanísticas producidas por el cartesianismo.

El «giro argumentativo» acoge muchas de las exigencias expresadas por estas corrientes de pensamiento. Su naturaleza es esencialmente antiformalista, en el sentido de que tiende a dar valor a todos los ámbitos discursivos en los que las formas se determinan como consecuencia de la interacción dialógica entre los sujetos con el fin de obtener la persuasión y no como un ‘*a priori*’ de tipo axiomático. Además, desea recuperar para el debate filosófico a una serie de autores clásicos (entre ellos, sobre todo, Aristóteles) y de retóricos (como Cicerón y Quintiliano) que han estudiado mejor que nadie las formas discursivas como elementos propios del razonamiento –un razonamiento que nunca es ‘solitario’, como el cartesiano, sino considerado en todo momento en su dimensión social–. Como consecuencia de todo esto, se recupera la importancia de la *retórica*.

La Hermenéutica es claramente anterior al «giro argumentativo», pero comparte con él muchos aspectos esenciales, ya que el ámbito interpretativo se caracteriza por el uso de formas de argumentación retóricas que permiten a los sujetos intérpretes comprender el significado del texto, aprehendiendo los referentes como elementos de un marco de diálogo concreto (y, por consiguiente, ubicado históricamente).

Como hemos dicho, las teorías argumentativas intentan superar la dualización entre racionalidad retórica y racionalidad formal, otorgando al pensamiento una unidad de saberes que se perdió hace siglos. El problema es que casi nunca tienen claro el significado de ‘racionalidad’ y, a menudo, tienden a considerar esa retórica como una racionalidad *débil* (por más que sea socialmente útil o, incluso, necesaria) respecto de la racionalidad en su forma más incisiva, la *fuerte* de la ciencia demostrativa (que no se puede aplicar a la política o al derecho). Por este motivo, existe el riesgo de que el «giro argumentativo» aparezca meramente como una modalidad diferente de la corriente dominante post-moderna: una especie de ‘escepticismo positivo’ orientado a interpretar la debilidad del pensamiento como un vaso medio lleno (especialmente desde el punto de vista de la multiplicación de las exigencias subjeti-

vas) en lugar de medio vacío. En términos más drásticos, estas teorías –en el caso de que se haya apartado el problema de la relación entre persuasión y verdad– se arriesgan a que se reduzcan a un camuflaje ‘social’ y ‘pluralista’ del nihilismo imperante.

Dicho esto, debemos corroborar que las teorías argumentativas tienen el mérito notable de establecer las condiciones, explícita o implícitamente, para una repesca de la tradición filosófica clásica (y, sobre todo, la de la antigua Grecia) contra los reduccionismos del racionalismo cientifista y del formalismo. Si además queremos que constituyan realmente una alternativa al racionalismo y al formalismo, no podremos eludir la cuestión de la relación con la verdad; por consiguiente, llegados a este punto, deberemos preguntarnos seriamente qué se entiende por ‘racionalidad de la retórica’, especialmente en lo que respecta al derecho.

#### IV. La racionalidad argumentativa en las sociedades pluralistas

Si abandonásemos la racionalidad de la retórica a la ‘debilidad’, después de haber establecido que el carácter constitutivo de las sociedades democráticas pluralistas (en la medida en que se basan en procesos de decisión en los que la práctica de la discusión y la formación del consenso tienen un papel esencial) impone su uso en los distintos niveles institucionales y sociales, nos encontraríamos frente al grave problema de la separación entre *ciencia* (entendida como conocimiento tendencialmente *fuerte* y dotada de un amplio poder tecnológico) y *sociedad* (desprovista de los procesos cognitivos capaces de encontrar de una manera que racionalmente no sea *débil* los principios orientativos para la búsqueda y la aplicación científico-tecnológica). Un problema que tiene unas repercusiones preocupantes, por ejemplo, en el campo del denominado ‘bioderecho’.

En lo que a nosotros respecta, consideramos que la distinción entre *fuerza* y *debilidad* aplicada al pensamiento racional lleve a equívocos. Se considera que un procedimiento racional es tal si está en grado de garantizar sus propios resultados desde el punto de vista lógico. Por consiguiente, es equivocado considerar que a partir de las premisas axiomáticas o las constataciones de hecho se puedan extraer conclusiones dotadas, por este mismo motivo, de fuerza racional, mientras que un razonamiento que partiera de premisas ‘probables’ o ‘verosímiles’ estaría irremediablemente en desventaja y limitado a unas conclusiones racionalmente vacilantes.

Las ciencias formales, como, por ejemplo, la matemática, producen demostraciones garantizadas por la *coherencia* entre las premisas asumidas en las hipótesis (axiomas) y las conclusiones. Las ciencias empíricas, por su parte, llevan a cabo observaciones y experimentos cuyos resultados se garantizan por la *correspondencia* entre los estados de hecho y las descripciones, tomando como referencia los protocolos asumidos inicialmente. En ambos casos, se puede constatar que una conclusión es *cierta* si se ha producido según las premisas establecidas al inicio (tanto si son axiomas como protocolos). Es decir, si no se establece una *contradicción* entre premisas y conclusio-



nes. No se trata, pues, de una racionalidad que adquiere su fuerza en el tipo de premisa, sino en la conexión lógica que es capaz de crear entre los distintos elementos que componen el razonamiento. Su fuerza es, pues, la *validez* y no es estatus de sus puntos de partida.

Lo mismo vale para la retórica, que debe demostrar que puede instituir las conexiones lógicamente válidas entre las premisas desde las que parte (es decir, los «lugares comunes») y las deducciones finales. Por consiguiente, se deberá establecer si la retórica es capaz de constituir razonamientos carentes de contradicciones respecto a sus premisas. En definitiva, tras haber encontrado o construido sus propios puntos de partida sobre la base de su capacidad de persuadir (por ejemplo, porque se trata de opiniones muy difundidas, muy autorizadas o especialmente adecuadas para la situación), la retórica intentará relacionarlos de tal manera que obtenga una conclusión coherente.

Naturalmente la retórica, porque opera en ámbitos institucionales y sociales en los que la discusión no tiene el carácter de demostración científica o de experimento, y donde otros pueden intervenir aportando sus argumentos, debe afrontar una serie de dificultades peculiares: su razonamiento debe despertar el interés, ser siempre comprensible para todos los que participan en la discusión, mostrar su coherencia interna y su preferencia respecto de las opiniones *contrarias*. Sin embargo, estas consideraciones no debilitan por sí mismas la capacidad de la retórica para construir las afirmaciones que ninguno de los interlocutores pueda poner en contradicción y que, por consiguiente, se puedan definir tranquilamente como *verdaderas*.

Como hemos dicho, la cuestión de la relación entre *capacidad persuasiva* de la retórica y *verdad* es fundamental. Si, como sostiene por ejemplo C. Perelman, sólo es competencia de la ciencia producir discursos absolutamente garantizados desde el punto de vista lógico, cualquier razonamiento retórico sólo podrá parecer débil frente a las demostraciones formales o a los experimentos empíricos. Esta opinión 'debilista' de la retórica deriva de una concepción escéptica implícita o explícita. En buena lógica, tras el ocaso del cartesianismo (que consideraba que la ciencia era capaz de 'decir la verdad sobre el mundo') y, por consiguiente, de las nuevas epistemologías contemporáneas, se ha implantado una actitud de rechazo hacia la idea misma de la verdad, considerada fuente de peligrosos dogmatismos y de intolerancia hacia la pluralidad de las opiniones y de las decisiones individuales (R. Rorty y W.V.O. Quine). Esta situación, en la que los filósofos son conscientes de la imposibilidad de construir sistemas destinados a proporcionar descripciones ciertas sobre los fenómenos, ha recibido el nombre, con un apelativo de gran éxito tomado a la crítica del arte, de «post-modernidad» (J.-F. Lyotard) o, precisamente, de «pensamiento débil» (G. Vattimo).

En el pensamiento post-moderno, desde el momento en que ninguna opinión se puede mantener con una fuerza racional absoluta (puesto que la ciencia ya no dispone siquiera de este poder) surge la cuestión de cómo regular la relación entre todos los discursos que se producen en la comunicación, sobre todo si se debe poner en

marcha un proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos. Es aquí donde asume importancia la retórica, como actividad capaz de persuadir en las distintas situaciones de contraposición. Pero, desprovista de toda obligación de búsqueda de la verdad (ya que representaría una amenaza a la pluralidad de las opiniones), se convierte en un instrumento más *psicológico* que *lógico*. En cambio, para la filosofía clásica –para Platón y Aristóteles– la retórica era un auténtico procedimiento racional: era persuasiva no porque producía necesariamente un *hecho* (es decir, el convencimiento emotivo del público), sino porque se desarrollaba de un cierto modo. Lo que producía eran discursos *verdaderos*, aunque en contextos diferentes de los establecidos (Aristóteles, por ejemplo, dirigía la retórica a los contextos *epidíctico*, *deliberativo* y *judicial*: es decir, a la discusión pública, legislativa y procesal).

Podemos definir la «verdad retórica» como la calidad de una proposición o de un discurso, según la cual dicha proposición o discurso no encuentra oposiciones privadas de contradicciones respecto de las premisas compartidas por el público en un lugar y tiempo determinados. La actividad retórica se vale de la *tópica* (método de hallazgo y disposición de las premisas argumentativas) y de la *dialéctica* (método de comprobación de la contradicción) para construir los razonamientos, así como de una nutrida serie de consideraciones (los *argumenta* o formas de argumentación) para generar la persuasión en torno a las afirmaciones. Todo esto será, en breve, objeto de una análisis mayor.

## V. La retórica forense como método de la argumentación jurídica

La retórica, al igual que las demás ciencias, garantiza sus resultados basándose en la no contradicción entre las premisas y las conclusiones. Naturalmente, las premisas de la retórica no son hipótesis convencionales ni protocolos experimentales: sus premisas son los *lugares comunes* de la argumentación.

Esta tabla nos permitirá aclarar las diferencias entre el campo de la ciencia y el de la retórica:

	LENGUAJE	CONTEXTO	PREMISAS
CIENCIA	Lenguaje formal (artificial)	Monológico (no hay discusión durante la demostración)	Axiomas (establecidos en una única vez al inicio de la demostración)
RETÓRICA	Lenguaje vago (natural o seminatural)	Dialógico (la discusión es constante)	Lugares comunes (presentes en los discursos)

En el ámbito específico del derecho, el contexto es el de la *controversia judicial*, que es una especie de género dialógico.

De hecho, el derecho no se puede identificar con un simple conjunto de normas jurídicas, ya que estas mismas normas, allá donde existan (ya sean máximas jurisprudenciales, leyes, precedentes judiciales, actos consuetudinarios u otra cosa), están destinadas a resolver las controversias (sobre la «procesualidad» del derecho en la doctrina italiana, véanse sobre todo los estudios de G. Capograssi, E. Opocher y, recientemente, F. Cavalla y sus discípulos).

El objetivo de la *retórica forense* es el de llevar a cabo la argumentación jurídica dentro del contexto dialógico-controversial del proceso, utilizando un lenguaje no axiomatizado y avanzando a partir de las premisas tópicas, que no se pueden establecer convencionalmente *ex ante* y que deben defenderse en cualquier momento del razonamiento argumentativo.

La argumentación retórica es un tipo de procedimiento racional distinto del *silogismo práctico* que utiliza el formalismo jurídico, el cual representa la inclusión del método hipotético-deductivo dentro de un campo en el que el lenguaje, el contexto y las premisas no se pueden reducir al de las ciencias formales y empíricas.

A continuación presentamos un esquema simplificado de la argumentación retórica en la situación procesal:

1. *Primera fase*: «hallazgo» de las premisas. El sujeto institucional de la operación retórica (abogado, fiscal, perito, etc.) debe proceder a la definición de los puntos de partida de su razonamiento. En función de su papel, deberá argumentar conforme a derecho, a los hechos o a ambos. En el primer caso, indicará a quien deba decidir (juez, jurado) una o varias hipótesis normativas siguiendo una cierta disposición lógica (por ejemplo, según el orden nestoriano, o de otro modo), apelando a las leyes, precedentes judiciales, jurisprudencia de tribunales superiores, principios generales o constitucionales relevantes. En el segundo caso, examinará los hechos, testimonios, opiniones de los expertos, etc., destacando los aspectos y modos que sean coherentes con su línea ofensiva/defensiva. Cuanto más autorizadas y difundidas estén, más eficaces serán las premisas de la argumentación (Aristóteles las define, para distinguirlas de las opiniones comunes, *endoxa*). Deben convencer a quien ha de decidir de su preferibilidad respecto de las otras posibles.
2. *Segunda fase*: correlación lógica entre las premisas normativas y las fácticas. Se trata de establecer una correspondencia entre la calificación jurídica que ofrecen las hipótesis normativas propuestas a quien ha de decidir y la interpretación del hecho que ha suscitado la controversia, contrastando la tipificación contraria a la línea ofensiva/defensiva propia, o bien indicando una que esté dotada de consecuencias menos indeseables para la parte. Se debe mostrar también que esta correlación es preferible respecto de otras posibles.

3. *Tercera fase*: conclusión entimemática. Aquí nos limitamos a demostrar cómo, una vez recogidas las premisas normativas y fácticas expuestas en la primera fase y relacionadas en la segunda, en ausencia de alternativas dotadas de una fuerza argumentativa igual o mayor, se deben extraer las debidas consecuencias dentro del plano de la decisión, a no ser que se incurra en una grave contradicción lógica que pueda ser motivo de una impugnación posterior, según los grados de juicio previstos.

La primera fase corresponde a las actividades características de la *tópica*, en la que se descubren y se disponen siguiendo un esquema los argumentos relevantes del propio razonamiento, incluidos los productos de la interpretación o bien los criterios que servirán posteriormente para interpretar los enunciados normativos y las circunstancias fácticas. En la segunda y la tercera fases, ultimadas la *inventio* y la *dispositio argumentorum*, se continúa según los modos específicos de la *dialéctica*, motivando las posiciones propias y confrontándolas con las adversarias.

La actividad destinada a construir la “preferibilidad” de los *loci argumentorum* y de las correlaciones obtenidas mediante las formas argumentativas (el *Tratado* de Perelman proporciona un amplio repertorio) muestra la condición constitutiva de la retórica forense, para la que en cualquier punto del proceso argumentativo se debe confrontar sus posiciones con el resto del público y superar las posibles objeciones de los interlocutores (de hecho, opera dentro de un contexto dialógico-controversial).

Para F. Cavalla (que sigue el esquema de Cicerón: cfr. *Retorica Processo Verità*, Milán, 2008), las ‘objeciones’ que se deberán superar a través de la actividad retórica se encuadran fundamentalmente en cuatro tipos:

1. «indiferencia»: el público, por cualquier motivo, no presta atención al retórico. Para superar esta dificultad, la retórica emplea varios tipos de recursos destinados a capturar la atención de los interlocutores a través de la *elocutio* y la *actio* («retórica estética»);
2. «ignorancia»: el público no conoce, parcial o totalmente, el significado de los términos o de los conceptos utilizados por el retórico. Para superar esta dificultad, la retórica utiliza instrumentos tales como el ejemplo o la metáfora («retórica didáctica»);
3. «duda genérica»: el público está atento y comprende el discurso del retórico, pero todavía no está convencido de que, entre todas las posibilidades, las indicadas por el retórico sean las mejores. Para superar esta dificultad, debe *motivar* mediante las formas argumentativas, por ejemplo, mostrando que son la consecuencia coherente de las premisas comúnmente aceptadas o verificadas anteriormente en la discusión, etc. («retórica perorativa»);
4. «duda específica»: el público está convencido por las motivaciones dadas, pero no tiene todavía los elementos para preferirlas a las de la posición contraria

(parte contraria, fiscalía, etc.). En este caso, el retórico debe *confutar* las tesis contrarias, por ejemplo, demostrando que no son tan coherentes, que implican consecuencias indeseables, proceden de premisas contradictorias, etc. («retórica confutativa»).

El carácter «posible» del discurso retórico, indicado por Aristóteles (es decir, el hecho de que no tenga naturaleza axiomática y que sus premisas, pudiendo cambiar, no producen conclusiones «necesarias» de carácter permanente), indica que la racionalidad retórica es estructuralmente *provisional*: se genera en un lugar y tiempo concretos y se somete al proceso histórico y sociológico del contexto concreto en el que se desarrolla.

En cuanto a los *lugares comunes*, desde el punto de vista de la Hermenéutica, las premisas retóricas constituyen el punto exacto en el que se encuentran las orientaciones de la «pre-comprensión»: anticipaciones del sentido, prejuicios, tradición, etc. (Esser) que incorpora la comunidad interpretativa o que se pueden agregar a la discusión según las formas compartidas (Fish). Sin embargo, en ese lugar y en ese momento, la no contradicción entre las premisas (tópicas) y la conclusión (entimética) garantiza la argumentación. Por este motivo, F. Cavalla usa el término «verdad instantánea»: una verdad *contextualmente* innegable.

Precisada de este modo, la argumentación retórica parece ser un desarrollo provechoso y completo de la Hermenéutica, concretamente en el campo jurídico, estando en disposición de establecer las premisas de naturaleza pre-comprensiva en un esquema de racionalidad dotado de rigor lógico y controlabilidad.

Este hecho nos lleva a concluir nuestros discursos con alguna observación de carácter metafísico:

1. la búsqueda de lugares comunes y de conexiones a través de las formas argumentativas es potencialmente *continua*, no interrumpiéndose nunca por estipulaciones axiomáticas que harían que los razonamientos fueran abstractos y, por consiguiente, inadecuados para la historicidad concreta del contexto (el proceso es, de todos modos, un modo de diálogo intersubjetivo que tiene su origen en un hecho *–ex facto ius oritur–* en el que la búsqueda de la verdad no tiene naturaleza dogmática o formal);
2. la verdad, incluida la procesal, no habita en ninguna dimensión trascendente sustraída a la experiencia concreta: se consigue relacionando las premisas y las conclusiones para evitar la contradicción (la cual produce insignificancia, es decir, rechazo de la comunicación e interrupción del diálogo con medios distintos de la razón);
3. la discusión, que se puede llevar a cabo en varios contextos comunicativos (sociedad pluralista, estado, derecho) siempre que esté gobernada por el rigor de la dialéctica, no se entrega inevitablemente a una ‘debilidad’ estructural o a

la *nada*, como querrían los relativistas de toda condición: la racionalidad puede ejercer el control incluso en formas de razonamiento distintas de la formal y empírica.

Por esta razón el aspecto metodológico es esencial en los procedimientos interpretativos y debería ser una parte relevante de los estudios jurídicos, tanto en el momento de la formación universitaria y profesional, como en el que también nos resulta cercano de la doctrina jurídica de las distintas ramas del derecho y, finalmente, en el campo deontológico de las líneas generales que deberían inspirar a las distintas profesiones legales.