

## Razón, retórica y derecho: la racionalización de la retórica<sup>1</sup>

*Reason, rhetoric and law: rationalizing rhetoric*

Óscar Correas<sup>2</sup>

Querido Eros, en este trabajo va la hermandad que nos ha unido tanto tiempo.

**Resumo:** Este artigo pretende analisar a argumentação jurídica contemporânea, entendida como retórica racional cujo fim é legitimar interesses de classe. Para tanto, discute-se o papel do direito enquanto elemento

- 
- 1 Para Eros Roberto Grau con motivo de su jubileo.
  - 2 Óscar Correas Vázquez é Graduado em Direito pela Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade Católica de Córdoba (Argentina), Mestre em Ciências Sociais pela Escola de Filosofia e Letras da Universidad Autónoma de Puebla (México) e Doutor pela Universidad de Saint-Etienne (França). Professor no Centro de Investigações Interdisciplinares em Ciências e Humanidades da Universidad Nacional Autónoma do México. Realizou estágio pós-doutoral em Barcelona (Espanha). Possui diploma *honoris causa* em Filosofia e Teoria Geral do Direito concedido pelo Seminário para a Ciência Jurídica e Política da Universidad de Pisa (Itália). É *Fellow* do *International Institute for the Sociology of Law*. Fundador e diretor da revista *Crítica Jurídica*. Entre seus vários artigos e livros se destacam as obras *La ciencia jurídica* (Culiacán: Universidad Autónoma de Sinaloa, 1980), *Introducción a la crítica del derecho moderno* (Puebla: Universidad Autónoma de Puebla, 1982), *Ideología jurídica* (Puebla: Universidad Autónoma de Puebla, 1983), *La democracia en la UAP* (Puebla: Universidad Autónoma de

de controle social, bem como as tentativas históricas de legitimá-lo enquanto portador da verdade (na Grécia), da ciência (no mundo moderno) e da razão (nos dias atuais). O texto adota uma perspectiva crítica ao demonstrar o desprestígio do Estado e do poder, que se veem obrigados a lançar mão do discurso pretensamente racionalizado de juristas e juízes comprometidos não com a justiça, mas com a argumentação lógica, e que assim acabam ocupando o posto de intelectuais orgânicos do poder.

**Palavras-chave:** Ciência jurídica. Retórica e argumentação. Poder. Crítica

**Abstract:** This article intends to analyze the contemporary legal argumentation, understood as a rational rhetoric which aim is to legitimate class interests. Therefore, it discusses the law's role as an element of social control, as well as the historical attempts to legitimate it as the bearer of truth (in Greece), of science (in Modern World) and of reason (in the present). The text adopts a critic perspective when it demonstrates the loss of credibility of the State and the power, which find themselves forced to resort to the

---

Puebla, 1990), *Crítica de la ideología jurídica: ensayo sociosemiológico* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1993), *Kelsen y los marxistas* (México: Coyoacán, 1994), *Introducción a la sociología jurídica* (Barcelona: Signos, 1995), *Teoría del derecho* (Barcelona: Bosch, 1995), *Metodología jurídica: una introducción filosófica* (México: Fontamara, 1997), *Sociología del derecho y crítica jurídica* (México: Fontamara, 1998) e *Acerca de los derechos humanos* (México: Fontamara, 2002). Organizou os volumes coletivos *El otro Kelsen* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989) e *Sociología jurídica en América Latina: ensayos* (Oñati: Intituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 1991). Publicou no Brasil o artigo "Kelsen e Gramsci: eficácia do direito e hegemonia política", com tradução de Andityas Soares de Moura Costa Matos e César Vale Estanislau. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (coords.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana*. Curitiba: Juruá, pp. 163-206, 2012.

supposedly rationalized speech of jurists and judges that are not committed to the justice, but to the logical argumentation, and, thereby, end up occupying the post of power's organic intellectuals.

**Keywords:** Juridical science. Rhetoric and argumentation. Power. Criticism.

## 1. De la ciencia a la argumentación jurídicas

La Filosofía del Derecho de los últimos años ha cambiado en un aspecto fundamental. Poco a poco los profesores han – hemos – comenzado a hablar más de la argumentación que de la ciencia jurídica. Ha habido un cambio en la enseñanza de la Filosofía del Derecho; algo es distinto. ¿Qué está sucediendo?

### 1.1. El derecho antiguo: conocimiento y enseñanza

La enseñanza del derecho, como hoy lo conocemos en el mundo occidental, ha tenido marchas y contramarchas. No parece haber dudas acerca de que nuestro derecho tomó tintes escolares en el mundo romano. Pero ¿cuándo? ¿Cómo se enseñaba?

Estas preguntas, y muchas otras, siguen, en buena parte, en estado de hipótesis más que de conocimientos históricos, y esto a pesar de que hay estudios enjundiosos en este respecto, falta aún mucho por investigar.<sup>3</sup> Por ejemplo, el “cuándo”. En los tiempos del dominio de las *gens*, el derecho – no escrito – era sin duda transmitido de mayores a mayores. No se conoce ninguna sociedad que no haya tenido normatividad o que no haya puesto la solución de

3 ELLUL, 1972, capítulos II y III de la segunda parte, p. 269 *et seq.*

litigios en manos de “ancianos”, muchas veces también sacerdotes. Pero la enseñanza del derecho *escolar* parece haber sido producto de un cambio radical de la sociedad romana. Cambio consistente en el paso de una sociedad agraria sin intercambio a una sociedad mercantil. Esto sucedió en los siglos III y II, y entonces comenzó el desarrollo de una nueva normatividad,<sup>4</sup> que en buena parte ha llegado hasta nosotros, acomodándose en los códigos civiles para convertirse en el núcleo fuerte, conservador, firme, del derecho moderno. Y con ello apareció la enseñanza escolar.

Toda enseñanza presupone un cuerpo discursivo que es precisamente lo que se transmite; el mensaje que *debe* circular. Excluyendo lo que no debe ser recordado. Este cuerpo discursivo es tenido por todos como distinto del común, y como uno del cual disponen solamente algunos de los miembros de la sociedad. Hoy, le llamamos *ciencia*, pero ha tenido varios nombres prestigiosos, como la *epistème* de los griegos. Y como el derecho es un cuerpo discursivo de esa clase, distinto del común y controlado por una capa social especial, ha podido aparecer como *objeto* de un conocimiento, es decir, como otro discurso que habla del anterior. Y ha podido aparecer, por eso, como objeto de una *ciencia*.

En este sentido puede decirse que el derecho romano, su conocimiento, era un conocimiento “científico”. Que estaba en el habla de un grupo social, el de los jurisconsultos. Y como tal conocimiento, se transmitía, se enseñaba. Esto sin que deje de ser cierto que *toda* sociedad transmite su normatividad. Pero no todas lo han hecho en la forma de la enseñanza *escolar*. En la Roma anterior al siglo III, y en muchas otras sociedades, la normatividad está al cuidado de sacerdotes – de *sacer*, lo que está excluido de la posesión de todos o de algunos: está reservado al conocimiento de

4 SOHM, 2006, p. 26 *et seq.*

funcionarios especiales, que lo comunican sólo en el momento de juzgar.

Ahora bien, ¿qué es lo que conduce de una sociedad de derecho “oculto” a una sociedad de derecho transmisibles escolarmente? En Roma quedan pocas dudas: lo que hizo necesario disponer de un derecho, sí, en manos de una capa profesional, pero suficientemente conocido por los ciudadanos, fue la aparición de la sociedad mercantil. Y es que al mercader le es imprescindible conocer de antemano lo que sucederá con su mercancía y su dinero, una vez que los haya arrojado al torrente mercantil. Ese conocimiento le es indispensable para realizar su necesario cálculo. La sociedad mercantil no puede existir sin una normatividad conocida, aunque sea manejada por ciertos funcionarios.

Esto es lo que luego hace aparecer la mentalidad de la *seguridad jurídica*, nombre que damos a nuestro anhelo de saber qué pasará con nuestro dinero o nuestras mercancías. Y la expectativa de la seguridad jurídica es lo que conduce a la necesidad de la enseñanza de la normatividad a través de las escuelas; siempre, de todos modos, el control a cargo de los juristas.

Ahora bien, en una sociedad dividida en clases fuertemente antagónicas, el control es no solamente sobre la circulación mercantil, sino también sobre los sectores subordinados. Esto requiere una organización fuerte, compuesta de funcionarios confiables; es decir, un *Estado*, como decimos hoy. Lo cual, a su vez, requiere de un derecho administrativo, además, claro, del penal.

Esto estuvo sucediendo en Roma hasta el final del imperio occidental, y se continuó en el oriental muchos siglos. El derecho es “ciencia” y queda en manos de juristas educados en escuelas. Pero ¿qué clase de “ciencia”? Comencemos por acordar que esta palabra designa una clase de conocimientos

prestigiosos. Existe la ciencia, y el conocimiento “vulgar” o del ciudadano común. Por ejemplo, en el mundo moderno, la ciencia obtuvo su prestigio por su capacidad de prever, originada en el uso de un método especial, al que solemos llamar *experimental*. Concedemos la calidad de ciencia a un cuerpo discursivo obtenido de experimentos al que concurre el apoyo de la matemática. Pero, bien entendido, adjudicamos prestigio al discurso de los científicos por su capacidad de previsión.

¿De qué tipo es la ciencia de los juristas antiguos? Rolando Tamayo ha explorado, entre nosotros, este apasionante tema. Al principio el derecho estaba en manos del colegio de los pontífices. Luego, Roma se hace “más compleja”, dice –“mercantil”, diríamos nosotros –, y aparecen los jurisconsultos, que opinan sobre cómo deben resolverse ciertos casos, pero, sobre todo, observan lo que pasa en los tribunales y encuentran las doctrinas, casi no conscientes, en que se basan los jueces. Tamayo lo ve como un procedimiento moderno; se trata de observar singulares, las sentencias, y obtener los principios rectores o normas generales. En este sentido, la definición de conceptos – teóricos – es una de las tareas principales de aquellos jurisconsultos, que *crearon* la ciencia del derecho.

El estudio de Tamayo es fundamental para entender la tarea de los juristas romanos, aunque discrepo en dos puntos: Tamayo ve este trabajo como del tipo inductivo – recuerda la *epagogé* – y lo afilia a la *epistéme* de Aristóteles. Es decir, los juristas romanos habrían hecho la ciencia del derecho tal como Aristóteles dice que se hace la *epistéme*. Mi discrepancia se funda en que el método de Aristóteles no es el inductivo sino el silogístico, deductivo. Y *epagogé* no es “inducción”, es una estrategia de enseñanza. La *epistéme* aristotélica no calza con el trabajo de los juristas romanos. Pero, dado el prestigio

del jurista del que hablo, esto merece una discusión especial y pormenorizada. Que nos debemos.

En segundo lugar, discrepo de la opinión de Tamayo en el sentido de que no me parece que aquellos juristas hayan inventado la ciencia jurídica. Lo que crearon fue la dogmática civilista. Que no me parece que sea la misma ciencia que buscaba el positivismo jurídico, Kelsen a la cabeza. La creación de ideas que usamos aún hoy, como “obligación” o “usufructo” no es una actividad científica, sino una creación de categorías *para la enseñanza* del derecho. Los modernos profesores de Derecho Civil,<sup>5</sup> eso hacen: explicar, con aquellas categorías romanas, el código civil. Lo sorprendente es que aquellas ideas sean útiles hoy después de más de dos mil años. Esa fuerza que tramontó el tiempo, tanto tiempo, es lo que nos admira y tienta a llamar “ciencia” a aquel trabajo de los jurisconsultos. Por lo demás, el estudio de Tamayo es impecable e imprescindible como trabajo reconstructivo de lo que fue – y es – nuestra dogmática civilista.<sup>6</sup>

Ahora bien, hay que notar un detalle: a diferencia de la actividad dogmática civilista, que ha venido dominando en nuestras escuelas, los antiguos *siempre supieron que se movían en el campo de la retórica*. Que sus opiniones podían ser rebatidas por los escolares rivales. Que los jueces tienen la última palabra y que distintos jueces tienen distinta palabra. Que la profesión de los abogados consiste en convencer a quienes tienen que decidir. En cambio la dogmática moderna, la burguesa, prefirió el camino soberbio de la “cientificidad” en el sentido de lo que no se discute, que para eso es “dogmática”.

---

5 Escribo con mayúsculas Derecho Civil si me refiero al nombre de la ciencia o presunta ciencia. Con minúsculas, si me refiero a la legislación civil; o penal, o administrativa etc.

6 TAMAYO Y SALMORÁN, 2003.

## 1.2. El conocimiento del derecho en la edad burguesa

Por supuesto, al desaparecer de Roma el fenómeno social que dio vida a la dogmática antigua, la circulación mercantil, opacada en quinientos años de medioevo, se ocultó también el derecho civil y aquella dogmática. Se requirió el regreso de la diosa mercancia para que reapareciera el derecho civil, su dogmática y las escuelas. Y se mantuvieron, en la enseñanza, la Hermenéutica y la Retórica. Pero aquí hay un detalle que me parece no del todo estudiado. ¿Cuándo las escuelas repudiaron estos cuerpos discursivos? Pues hoy están desaparecidos, aunque ya se nota su regreso. ¿Cuándo, y por qué desaparecieron, la Hermenéutica y la Retórica de la enseñanza del derecho? En carácter de hipótesis, me parece que este ocultamiento es un producto burgués de los códigos civiles copiados del napoleónico.

En efecto, el *Code Napoléon* se presentó – fue presentado – como el más prístino producto de La Razón, esa *quasi* diosa a la que se le atribuían cosas tan disímiles como el nuevo Estado o la inspiración de los filósofos revolucionarios. La Razón, a su vez, emparentada con la Naturaleza, dio lugar a los derechos “naturales” del hombre. Y a ese discurso jusnaturalista que tan bien conocemos, y del que nunca nos hemos terminado de liberar del todo, aunque, por otras razones (políticas), tal vez haya que decir “afortunadamente”, y pienso en de la llamada *filosofía de la liberación*.

El *Code*, racional, magnífico, ¿quién podría discutirlo? Sus soluciones fueron dictadas por La Justicia. ¿Quién en su sano juicio podría proponer otras? ¿Quién que no fuera un chiflado podría sugerir alguna interpretación? Todo estaba dicho. Sólo cabía leer con atención. Se llamó Escuela de la Exégesis. Y todo jurista que ejerza su profesión a principios

del siglo XXI ha tenido, si no la totalidad, al menos una mayoría de profesores colonizados por la ideología exegética. Nos acostumbraron ellos, nuestros maestros. Pero siempre supieron que el derecho se interpreta y que para ganar un pleito hay que *convencer* al juez. Lo sabían – lo saben – porque eso se aprende ejerciendo la profesión. Pero llegaban – llegan – a la facultad, se quitaban su calidad de litigantes, se ponían sus ingenuidades exegéticas y entraban a clase a explicar el código civil. Y si uno hacía alguna pregunta, se topaba con su enojo: “¿no entendió? Pues *lea*”, y señalaban el libro precioso. Salían de clase, se volvían a vestir de litigantes y se dirigían a tribunales a proponerle al juez alguna interpretación audaz o a ganar su voluntad con enjundiosos alegatos. Y les creímos. Hasta el momento aquél, de pérdida de inocencia, en que nos asomamos a la mesa de entradas del primer tribunal que se puso en nuestro camino. Entonces aprendimos que el derecho no tiene nada de seguro, nada de científico, y que nos movemos en un mundo fangoso donde los jueces nos han acostumbrado a saber que sí existe la inseguridad jurídica.

¿Cuándo y por qué los juristas expulsaron de sus aulas a los estudios retóricos? Téngase en cuenta que la de Derecho es una facultad tan conservadora que, en muchas de ellas, aún se enseñan dos cursos de Derecho Romano. Pero estuvo prontísima para excluir la reflexión acerca de la argumentación, antes llamada Retórica. ¿Cuándo sucedió eso? ¿Hay suficientes estudios acerca de los planes de enseñanza del derecho en las viejas escuelas, dígase, en México, las de Puebla, Michoacán, o la misma Universidad Nacional? ¿O las de Brasil, Perú o Argentina?

### 1.3. La moderna ciencia jurídica

La que actualmente pasa por ser la ciencia jurídica es la mismísima dogmática de siempre. Sin ninguna posibilidad de ser considerada como tal, conforme con cualquier concepto de ciencia que se adopte. Pero, una cosa es que no sea ciencia y otra que no tenga prestigio. Y esto último es lo que la burguesía necesita: que “sus” juristas digan ciencia y nada de interpretaciones inconvenientes.

Entonces, ¿nunca hubo una buena epistemología del conocimiento jurídico? Nunca hubo una *pacífica*. Y han corrido ríos de tinta para dilucidar la cuestión. La mayor cantidad fue para defender, sin siquiera detenerse a oír la pregunta, que el derecho sí es ciencia. Gran cantidad, pero menor, para *buscar* esa científicidad. Y una minoría para sostener que el derecho no es ciencia. ¿Por qué tanto trabajo para hablar de algo que no vale la pena? ¿A quién le puede importar si el derecho es ciencia, siendo que a los abogados sólo recurren los desesperados? En realidad no es así; no tiene nada de raro que al derecho se le busque científicidad si es un *instrumento de control social*. ¿Quién, que tenga interés en mantener el poder, renunciaría a que se le llame ciencia a lo que dicen *sus* juristas?

Y son “sus” juristas porque, como hemos dicho, toda sociedad educa a alguien para que les diga a los otros qué es lo que se debe y no se debe hacer. Con la seguridad de que *sus* juristas dirán que lo debido es lo querido por el poderoso. ¿Acaso no hablan de y buscan la “voluntad” del legislador?

Por lo demás, está claro: una sociedad científicista – en el sentido del éxito experimental – como la nuestra acogerá con mucho mayor gusto la de los juristas si se trata de una actividad “científica”. La ciencia le comunicará, a ese peculiar ejercicio del poder que es la jurisprudencia, todo su prestigio.

Nunca será menospreciable para quien tiene el poder que un “científico” les diga a los demás que su voluntad, la del poderoso, es conocida científicamente.

#### 1.4. Las características de la moderna “ciencia jurídica”

Este desafío, convertir la jurisprudencia en actividad científica, es el que recogió la antigua Filosofía del Derecho. Que así pasó de ser una reflexión sobre la justicia y sobre su racionalidad o “naturalidad” a ser una justificación de la científicidad de la actividad jurídica. Y así Kelsen llegó a creer que lo mejor de su obra estuvo destinado a fundar una *auténtica* ciencia jurídica. Y dedicó centenas de páginas a hacerlo. Asunto en el que, como todos sabemos, fracasó.

El esfuerzo de Kelsen tenía, a pesar de su fracaso, un objetivo claro: exigir a los juristas seriedad en sus doctrinas. No cualquier cosa que dijeran sería ciencia. Es más, todo lo que habían venido diciendo, no era ciencia. Para serlo, había que cumplir un imposible: que no se notara que en vez de hacer alguna ciencia, hacían de intelectuales orgánicos del poder, de todo y de cualquier poder. Y es sobre esto último – el poder ejercido por la ideología de los juristas – que Kelsen escribió sus mejores páginas, las que lo han convertido en uno de los principales autores de la filosofía política occidental. Es decir, si los juristas quieren ser “científicos”, deben excluir la ideología de su tarea. Lo malo es que eso es imposible y en este punto se equivocó: no hay ningún abogado interesado en ser tal científico.

De todos modos, vale la pregunta: ¿cómo debía ser esa ciencia jurídica? Y si bien Kelsen fue poco claro, su descendencia, la escuela analítica del derecho, sí lo dijo con claridad: la ciencia jurídica, si ha de ser tal, se limita a *describir* las

normas válidas de un sistema jurídico. En “describir” estaba el secreto. Lo que venían haciendo los juristas era *prescribir*. Esto fue dicho en centenares de escritos. Entre ellos, un pequeño opúsculo debido a Carlos Santiago Nino.<sup>7</sup>

Esta ciencia debe caracterizarse por su calidad *objetiva*. Como se trata de un discurso *descriptivo*, tiene que ser aceptable por todos, tal como el enunciado que afirma que el agua hierve siempre al llegar a cierta temperatura. Esta característica de lo no discutible hace la diferencia: que cierta norma es válida, es una verdad que tiene que reconocer aún alguien que piensa que es injusta o inconveniente. Es, en el fondo, una justificación epistemológica del viejo convencimiento exegético: el derecho es uno, existe, y en eso no hay discusión. No hay nada qué interpretar, nada de subjetivo, nada qué argumentar que no sea la repetición de las normas. Pero la Epistemología Jurídica de la segunda mitad del siglo XX difiere de la Escuela de la Exégesis en algo importante. Esta última se postula a sí misma como siendo *la* ciencia. La escuela analítica postula que la ciencia jurídica aún está por llegar, que no se cultiva aún, que para ello es necesario que se sigan los métodos científicos que la propia escuela estuvo poniendo a punto. Pero ambas se parecen en que proporcionan al poder un apoyo inestimable: existe, o puede existir, una disciplina que postule la científicidad de los dichos de los juristas. Y si éstos están convenientemente formados, señalarán como normas válidas las queridas por el poderoso. Eso sí, lo harán “científicamente”, siendo, por tanto, “científico” el resultado: hay una norma *válida* según la cual es obligatorio la conducta *p*.

Por otra parte, como todo positivismo, el jurídico busca su objetividad en el mundo exterior, desconfiando siempre de las ideas “innatas”. Así, el pensamiento más exigente ha

---

7 NINO, 1989.

buscado en la empiria el fundamento de la descripción de normas. Y con razón. Pues ¿cuál, si no, puede ser el fundamento de una ciencia? Si la jurídica ha de ser tal, tiene que tener alguna base que no sea el propio discurso del jurista exegético. Y en este orden de ideas es, entre nosotros, otra vez Rolando Tamayo el que ha explorado el tema, para llegar a la conclusión de que la ciencia jurídica sí es tal, y además ciencia *empírica*.<sup>8</sup> Plenamente consciente de la necesidad de que la ciencia se fundamente en algo firme y no simplemente en el prestigio del jurista, busca en la empiria ese fundamento imprescindible.

Vale notar en este momento que nunca un miembro de la escuela analítica ha dicho que existe obligación moral – o algo parecido – de comportarse como dicen las normas. Quien sostenga eso es un positivista ideologizado. El auténtico positivista se limita a informar que existe la norma. Sólo eso. La idea de que hay que comportarse como dice la norma descripta corre por cuenta del poderoso. No es parte de los enunciados de la ciencia. Aunque, por supuesto, el poderoso se da por muy bien servido si su derecho es científicamente tenido por existente.

Lo anterior es lo que explica la buena fortuna de la científicidad burguesa del derecho moderno. Pero tal ciencia, tal epistemología, se ve en el apuro de tener que sostener que, una vez descripta la norma válida, no es posible atacar el enunciado que la postula como tal. Para eso es ciencia: para que sus enunciados sean indiscutibles. Para eso se formula esta epistemología: para dar seguridad jurídica. Para tranquilizar a los perjudicados o a los perdedores de pleitos: oponerse a los resultados de la ciencia conduce a la locura; y si es a los de la ciencia jurídica, puede que a la cárcel.

---

8 TAMAYO Y SALMORÁN, 1998, p. 287 *et seq.*

Lo que la Epistemología Jurídica contemporánea viene a – querer – negar es la insalvable inseguridad que aqueja al derecho: siempre será posible que la opinión de un jurista sea apelada por otro. Siempre será posible que de un texto jurídico un abogado obtenga la conclusión de que es obligatorio  $p$ , mientras que el defensor de la contraparte obtendrá la conclusión de que éste no es el caso, sino uno que está contemplado en otro texto según el cual  $p$  es obligatorio, pero no esta vez. Eso es de la esencia del ejercicio de la profesión de abogado. Es propio de los juristas no litigantes y únicamente universitarios, ignorar – no todos ellos, claro – que el derecho moderno ofrece seguridades apenas mínimas y que los jueces suelen decir cosas totalmente inesperadas. Cualquier abogado que lo sea o haya sido sabe que la cientificidad del derecho es un entretenimiento sólo apto para quien no está totalmente entregado a resolver sus casos. Este desacuerdo con la experiencia forense dio por tierra con el intento de lograr la cientificidad del derecho. La discusión ha quedado zanjada por inutilidad y cansancio. Hoy la discusión pasa por la Hermenéutica y la Retórica. Aunque a veces parece que se trata de lo mismo: la seguridad jurídica.

## 2. El regreso de la Retórica

No me queda claro cuándo los juristas decidieron prescindir de la Retórica. Aunque sí por qué: porque había que proveer a la solución de un asunto importantísimo para el poder burgués, para el poder mercantil. Ese asunto es la seguridad jurídica: el mercader no puede estar a la deriva, al capricho de los príncipes. Necesita “racionalizar” su espacio, poder prever. Y el derecho es el mejor llamado a proveer. A condición de que se trate de buen derecho burgués y de que el Estado disponga del control sobre jueces y abogados.

Nada de Retórica ni de interpretaciones estafalarias: sólo razón burguesa.

A esto estuvo sirviendo el pensamiento epistemológico positivista: la racionalización – pero en el sentido de cientificidad – de la sociedad capitalista. Y desde tales alturas cayó estrepitosamente. Desalojado por dos viejas conocidas: la Hermenéutica y la Argumentación Retórica, azuzadas por el fracaso de la ciencia.

Pero hay un asunto que queda sin resolver. Por su propia naturaleza, la Hermenéutica y la Retórica no pueden ofrecer seguridades científicas. Tampoco se puede regresar a la historia fracasada de la ciencia jurídica. ¿Qué hacer? Fácil. E imposible: racionalizar las viejas estrategias. Pasar la Retórica al campo de la Lógica. Y la Hermenéutica al campo de las descripciones seguras. ¿Que es imposible? Sí. Pero no si se alteran sus antiguas convicciones. Y en eso estamos.

### 3. El desprestigio del Estado

Hay un punto más en esta historia: la cuestión del desprestigio del Estado. La época de la reaparición de la Retórica, el principio del siglo XXI, es una época de incertidumbres, pero sobre todo de la caída libre del prestigio del Estado, del derecho, de los políticos y de los abogados.

A la terminación de la segunda guerra cayeron infinidad de convicciones. Entre ellas, las de la racionalidad del género humano. Regresó el jusnaturalismo como intento de control sobre las letales locuras del Estado fascista. Aparecieron modas y filosofías más o menos contestatarias como el existencialismo. Pero también apareció el Estado benefactor, el Estado del bienestar. El proletariado pactó con la burguesía: mucho trabajo, especializado y eficaz, a cambio de mejoras sociales. Derecho laboral –estabilidad, 40 horas,

salario suficiente -, salud, educación, vacaciones, traslado de la guerra a otros continentes, vivienda, automóviles - al principio solo motocicletas -, artefactos modernos - lavarropas, televisores, licuadoras, calefacción - y muchas cosas más, dependiendo de las posibilidades del capitalismo surgido de la guerra. El Estado represor resurgió disfrazado de benefactor: nunca la burguesía había soñado con ganar tanto.

En nuestros países, los latinoamericanos, y no en todos, está claro, hubo un remedo del Estado del bienestar de los países centrales. Una pequeña parte del proletariado ascendió en la escala de los beneficios. Un remedo de burguesía acumuló increíbles ganancias. El estado del semi-bienestar hizo hospitales, escuelas, caminos, viviendas, automóviles, previsión social, pensiones, un poco de industria básica, mucho armamento, todo lo cual significó pingües ganancias para una burguesía más cretina que audaz.

La fiesta posguerra duró poco. Para los años sesenta, el modelo comenzó a agotarse. Y en los ochenta sucumbió para ser enterrado por el vendaval neoliberal que acabó con el remedo de Estado del bienestar. La gran burguesía, dejando en el camino a las empresas medianas y pequeñas, volvió a ganar cantidades estratosféricas, al compás de las dictaduras y el delito impune, de las farsas electorales y de la represión de los movimientos sociales.

Pero todo esto sólo pudo “lograrse” gracias al desmantelamiento del Estado del semi-bienestar; y se quedaron con el Estado a secas. Uno que no sirve para casi nada que no sea para proteger el robo del semi-bienestar tan arduamente conseguido. El Estado burgués latinoamericano ha caído en el descrédito. Sólo una minoría cree en los políticos, los jueces, los militares o los abogados.

Pero éste es, precisamente, el problema: saben que un Estado inútil para proporcionar bienestar, generará - genera

– protesta y resistencia. Y saben que, no teniendo ninguna intención de otorgar nada a los pueblos, el único camino es el de la represión. Pero para eso necesitan un Estado con prestigio, que les permita decir que la represión es legítima. Y el caso es que adolecen de la falta de eso. Se ven obligados a reprimir con la fuerza más brutal, sin visos de legitimidad. Y eso les obliga a algunas maniobras desorientadoras. Fundaron inútiles pero costosas comisiones de derechos humanos y buscan prestigiar al poder judicial. Necesitan relegitimar el Estado, *su* Estado.

Es en este contexto que debe reflexionarse acerca de la reaparición de la argumentación, de la Retórica.

Y vale otra observación. Algunos países *quasi* europeos hasta los sesenta, como España y Grecia, antaño “periferia” del capitalismo, se subieron al tren que conducía al barranco neoliberal con alguna suerte y por algunos años. Pero la crisis que corona la primera década del siglo XXI los alcanzó. Y como venían de furgón de cola, los desengancharon los que mandan en el tren. Y ahora tienen el mismo problema que los latinoamericanos: se les acabó el carbón y el bienestar; y se les desprestigió el Estado. Y tienen que reprimir con un Estado también desprestigiado. Y es también en este contexto que debe reflexionarse sobre la filosofía jurídica española, *partenaire* y “guía”, en su mayor parte, de la latinoamericana.

#### 4. La racionalidad al rescate

Desde luego, si algo no le interesa ni conviene a la burguesía, es el desprestigio del derecho que sustenta su dominación. Pero, a causa de su propio destino, ser instrumento de control social, el derecho sí se ha desprestigiado.

La única solución burguesa es represtigiarlo. Reponerlo en su lugar anterior. Pero sin regresar a las locuras popu-

listas de redistribución moderada. O sea, ganar más pero pagar menos la fuerza de trabajo. Y esto se puede oír en los foros mundiales: hay que salir de la crisis aumentando la explotación de los trabajadores, despedirlos con poco gasto, aumentar los años necesarios para el retiro, directamente reduciendo el salario, por ejemplo el de los funcionarios públicos españoles etc.

Pero, hé aquí el problema: propiciando reformas jurídicas tales, se desprestigia más el Estado. Y lo necesitan para reprimir. Pero ¿cómo reprimir sin aumentar el desprestigio? Y el camino a la redistribución está cerrado, lo han clausurado por “populista”. En suma, están en una contradicción. La cual está cerca del centro de la cuestión del regreso de la Retórica, el discurso que, creen, podría concurrir a desatar el nudo de la contradicción. Pero la contradicción regresa: se requiere convencer al pueblo – para eso es la argumentación jurídica – por la vía del discurso jurídico; pero el derecho es injusto.

La argumentación, las “teorías” hoy en boga, no proponen convencer a la gente por la justicia a recibir, sino solamente por el expediente de convertir al discurso retórico en uno “racional”. O sea, el regreso a las antiguas estrategias, pero disfrazadas de un salto adelante. La vuelta del Leviatán, pero disfrazado de diosa Razón. Y entonces puede verse con claridad la maniobra: la argumentación jurídica es la razón de Estado. Sólo que sus portavoces ya no son los reyes, sino los juristas. Y como la argumentación es presentada como estrategia de defensa de los derechos humanos, por tanto en manos de los ciudadanos, resulta que la razón de Estado está en manos del pueblo, que así puede defenderse de la tiranía. Sólo hay que exigir que el poder argumente “racionalmente”. Y para ello hay que resignificar la palabra “razón”. Hay que encontrar el punto donde el círculo es cuadrado: el lugar

donde la sociedad dividida en clases se hace racional.

## 5. El Estado racional de derecho

Ya probamos con la Escuela de la Exégesis: la razón es el código civil tal cual la muestra la lectura del texto. Luego, intentamos con la ciencia que “solamente describe normas”. Pero como para describir una norma hay que presuponerla válida, resulta que la ciencia está al servicio del poder. Adiós cientificidad. Y ahora con la racionalidad del discurso jurídico: sólo debe aceptarse como racional lo que resulte del acuerdo entre las partes. Y si no hay acuerdo, entonces el juez – o sea, el Estado – resolverá. Y ejecutará. Y nadie puede oponerse porque el juez es la racionalidad, ya que ha actuado como dicen las teorías de la racionalidad de la argumentación jurídica.

La ideología es captada y descubierta tan pronto vemos que hasta hace poco había que respetar al Estado social de derecho, mientras que ahora hay que fundar el Estado racional de derecho. Y quiénes mejor llamados a hacerlo que los juristas, especialmente los prestigiados en las luchas garantistas.

Y aquí aparece la liga entre la estrategia de represtigiar al Estado y los derechos humanos o fundamentales. Da la impresión de que matamos al Leviatán porque aparentemente ponemos los derechos en manos de la argumentación jurídica. Es un discurso cuyas reglas no las pone el Estado, sino los juristas democráticos. Y esas reglas deben ser seguidas por los jueces, o sea, el poder. Da la impresión de que estamos ante el espectáculo de una sociedad en la cual los ciudadanos disponen de los medios de resistencia al Leviatán: los derechos humanos. Una sociedad en la cual sus miembros más débiles pueden exigir a los jueces una

actuación racional. Siendo “racional” lo que digan los juristas democráticos y garantistas.

Pero no hay nada de eso. La última palabra la tienen los funcionarios del poder. Nos conceden una ventanilla para quejarnos de las injusticias al lado de la ventanilla en que violan los derechos. Con el detalle de que podemos quejarnos sólo *a posteriori* de la violación.

Por lo demás, lo que vienen diciendo los teóricos de la argumentación desde los años ochenta, nunca tiene algo que ver con la justicia. Solamente tratan con la forma de los argumentos. Explican la analogía y le reclaman a los jueces que la usen mal, exponen con claridad y suficiencia el discurso de la mayoría de razón y enseñan a utilizarlo. Pero no hablan de lo único que puede reprecstigiar el Estado, que es la justicia.

## 6. La diosa impura

La palabra “razón” es una de las más difíciles de usar. Por eso es que la usamos indiscriminadamente. Para muchas cosas, a veces disímiles, contradictorias, disparatadas. Pero tiene una gran virtud: convierte en verdad todo lo que toca. Tener razón es el premio en el debate. Pierde el que quede fuera de su campo. La Razón tiene prestigio. Es casi un ser viviente: es una diosa veleidosa.

El juez da la razón a una de las partes; es lo que decimos: la otra queda sin el vestido, sujeta al escarnio. Sólo queda decir que el juez actuó irracionalmente y tratar de que lo crea el juez superior, que ahora dará la razón a la parte que pareció perder en primera instancia. Pero siempre se trata de la Razón. Y lo peor está por venir: que dar la razón a una de las partes sea *justicia*. Ya no *verdad*, que sería menos peligroso. Cuando Razón es justicia y la Razón es la “lógica” del capital,

todo está perdido. Lo que existe es la tiranía del mercado.

¿De dónde obtiene la razón semejante poder y prestigio? Es una maniobra del poder. Que en la cultura occidental se origina en el *lógos* griego. En ese “algo” que le presta sentido al mundo: el real y el imaginario. Le presta porque el universo no tiene sentido, o sólo tiene el que la cultura le da. Y es el mundo objetivo el que adquiere sentido, mientras el imaginario se puebla de significados que constituyen redes de sentido que abarcan todo, lo conocido y lo desconocido.

El rancio prestigio de la Razón, en suma, es un golfo vendido a cualquier postor que requiera fuerza ideológica para su poder. No importa si es feudal o capitalista, esclavista democrático o aristocrático; el contenido no importa. Lo que interesa es que la Razón le preste apoyo al que puede imponerse pero necesite justificación. La Razón es un invento del poder. La verdad también. Pero ése es otro tema.

La racionalidad del poder, la justificación racional del poder, constituye la confesión de que la sociedad ha dejado lejos el origen comunitario para caer en la violencia que genera la mercancía. Esto es, en la lucha de clases. Esto es lo que se obtiene de la reflexión sobre los esfuerzos de Platón y Aristóteles, del primero principalmente. Es clarísimo. Hubo una *pólis* anterior, gobernada por formas comunitarias de consenso. En el siguiente paso, un grupo de mercaderes, contra natura, se apoderó del gobierno montado en la forma mercantil. Hay que tener en cuenta que “lo natural” es lo racional, lo “lógico”. La forma mercantil está fuera de la racionalidad. Y por eso condujo a un estadio calamitoso de lucha de clases, que llevó Atenas a la ruina, primero militar, luego económica. Cuando aparece Platón, esa *pólis* está en bancarrota moral: ha caído en la irracionalidad. La tarea que se impone Platón es el regreso a la naturaleza, la *phýsis*. A la racionalidad, al *lógos*. Que es hija de la educación en “la

verdad”, la cual, desde luego, es lo que dice Platón: sólo el *lógos* – el suyo – puede salvar a Atenas.

Pero el *lógos*, la Razón, tiene enemigos. Que son los intelectuales orgánicos del poder democrático-mercantil: los sofistas. Esos malignos maestros de Retórica, a quienes Platón convierte en los enemigos de la Razón.

La explicación la da Aristóteles: la retórica es un discurso al que no se le exige racionalidad, sino que sea convincente, “persuasivo”. Puede ser que diga la verdad, pero eso no importa; o mejor, no les importa a quienes lo usan. En cambio, el discurso científico, *epistéme*, es el de Aristóteles en los libros de la *Política* y la *Constitución de Atenas*.

Así es cómo la racionalidad se hizo rehén del poder: en adelante, la función de la Razón es justificar al poder. Y si alguien ha reivindicado la irracionalidad del poder, ha sido vituperado como inmoral, quedando al margen de “la Historia”, condenado a la locura.

Mientras tanto, lo que puede comprenderse del estudio de esta historia es que la Retórica ha quedado fuera de la Razón-Verdad. Dos carriles para dos discursos diferentes. El de la Retórica, desprestigiado precisamente por no ser racional. El de la *epistéme*, prestigiado por trabajar con silogismos y matemática. En este panorama de dos carriles, el discurso del poder ha debido elegir. Y eligió revestirse de *epistéme*. El poder debe ser para los que saben, para los que poseen el *lógos*, piensa Platón. Porque eso es lo natural, lo fundado en la *phýsis*, y no en el *nómos*, que es convencional, subjetivo, veleidoso. Todo el poder al *lógos*.

Pero eso es mentira. El discurso del poder camina por el carril de la Retórica. No es “lógico” aunque convenza. Y de lo primero que convence es de que no es retórico, sino lógico. El del poder es un discurso retórico según el cual es un discurso racional-lógico. Se trata, otra vez, de un uso re-

tórico de la palabra Razón-*lógos*. Lo que sucede en realidad es que el discurso del poder es retórico. Pero se presenta como racionalidad. Es un discurso que reparte verdad, pero existe en la retórica.

Desde entonces el poder, que comprende el poder de otorgar racionalidad a los discursos, ha utilizado la Razón-*lógos*, de su invención, para presentarse como eso, como racionalidad. Y nos lo hemos creído. Caímos en la trampa del *lógos*. Le aceptamos que hay dos clases de discursos, el verdadero y el falso, *léthes* y *a-léthes* (*alétheia*). Se presentó como el verdadero y le creímos. Luego se presentó como discurso del poder – como la Justicia-Verdad –, pero racional. Y ahora lo tenemos instalado en el más prístino discurso del poderoso: en el discurso jurídico, en el de la ley y en el de los juristas.

En el mundo capitalista, la Razón-*lógos* es la mercancía. Su movimiento es presentado como siendo “natural”, como también es presentada la propiedad privada. La irracionalidad es la resistencia de los perjudicados. Irracionales, rebeldes, locos; carne de celda y paredón.

El último paso es la aceptación de que el derecho burgués es justo porque racionaliza la conflictividad irracional. El punto de llegada es terrible: el derecho es racional. O sea, el Estado es la Razón-*lógos*. Leído en el espejo, estamos frente a la Razón de Estado. El periplo ha sido cumplido: del invento de la verdad a la racionalización del poder.

Entre tanto, lo que en realidad sucede es la injusticia, la auténtica sin razón, la lucha de clases, la opresión, la tiranía del mercado. Y ahora, fracasada la apuesta por la ciencia jurídica, por la racionalización del Estado, aparece una nueva: la racionalización de la Retórica. Ahora hay que encontrar las reglas que nunca ha tenido. Reglas universales, consensuales si es posible.

Pero para ello debe cambiar de nombre: ya no es Retórica sino “Argumentación Jurídica”. La primera tiene clavado el puñal aristotélico: el discurso retórico no es *epistéme*. La segunda debe esquivarlo. Debe presentarse como posible. Tiene que ser posible encontrar las reglas que, como las de la Lógica, otorguen confianza. La apuesta es que creamos que ahora el discurso del poder será racionalizado por el discurso de los juristas-jueces. Ni más ni menos, como si el discurso judicial no fuese discurso del Estado, del poder. Ése es el intento. De justicia, nada.

## 7. La diosa Razón

Pero ¿de dónde le llega el prestigio a la Razón-*lógos*? De la Lógica y la Matemática, dos enormes inventos humanos. Para que el discurso del poder se viera retóricamente de *epistéme*, debió cumplirse antes el paso de la *alétheia* como “lo no olvidado” a la *alétheia* como verdad.

Originariamente, el discurso prestigioso es el discurso “no olvidado”: *aléthe*. El otro es *léthe*, lo que merece el olvido. No existía ni la *epistéme*, ni la Matemática, ni la Lógica. Sólo el discurso del poder patriarcal fundado en el prestigio del jefe. Debieron pasar siglos para que la Matemática se convirtiera en el nuevo repartidor de prestigio a los discursos. Y aún más tiempo para que Parménides vistiera de diosa a la vieja *alétheia*. La vistió de la diosa Verdad. Y la presentó como diosa que muestra el camino creíble, el que debe persuadirnos. Desde entonces el poder se vistió de *lógos*. Y ha sido mayoritariamente creído.

La historia del discurso del poder es apasionante.

## Referencias

ELLUL, Jacques. *Histoire des Institutions*. 2 vols. Paris: Presses Universitaires de France, 1972.

NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*: México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

SOHM, Rodolfo. *Instituciones de derecho privado romano*. México: Coyoacán, 2006.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. 2. ed. México: Themis, 1998.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

---

Recebido em 10/05/2013.

Aprovado em 13/06/2013.

### **Óscar Correas Vasquez**

Universidad Nacional Autónoma de México

Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades

Torre II de Humanidades – 4º piso

Circuito Interior, Ciudad Universitaria

Delegación Coyoacán, México, D.F.

04360 MÉXICO

*E-mail:* cri\_jur@yahoo.com.mx

