

Cuestiones retóricas: la maldad del derecho y de los juristas

*Una propuesta de transformación en el aprendizaje del derecho*¹

AURELIO DE PRADA GARCÍA²

Iuri operam daturum prius nosse oportet,
unde nomen iuris descendat. est autem a
iustitia appellatum: nam, ut eleganter Cel-
sus definit, ius est ars boni et aequi.

ULPIANO, Digesto 1, 1, 1.

Todo el mal nos viene de los togados.
A jury consists of twelve persons chosen
to decide who has the better lawyer.

R. FROST

RESUMEN

La equiparación del sentido de las expresiones “ciencias jurídicas” y “derecho” no deja de suscitar algunos problemas. Entre ellos, el de que con tal equiparación se hace imposible tanto el tratamiento de temas que cualquier aprendiz de jurista debería tener bien presentes, como la consideración peyorativa de los juristas y del propio derecho, o cuestiones que tradicionalmente han entrado en la docencia del derecho, como la retórica o la oratoria forense. En el presente trabajo se reivindica expre-

¹ Una primera versión de este trabajo, que forma parte del proyecto de investigación “Principio de no discriminación y nuevos derechos”, DER 2011-269033-JURI, fue presentada como comunicación al Quinto Congreso Nacional de Docencia en Ciencias Jurídicas, celebrado en Valencia del 11 al 13 de septiembre de 2013.

² Doctor en Derecho por la UCM. Profesor en la UCM, UNED, UB y actualmente Titular de Filosofía del Derecho en la URJC. Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad Rey Juan Carlos.

samente el tratamiento de tales temas y cuestiones en la docencia del derecho proponiendo algunos ejercicios que el autor viene utilizando al impartir Teoría y Filosofía del Derecho.

PALABRAS CLAVE

Derecho - Ciencias jurídicas - Maldad del derecho y de los juristas - Retórica - Enseñanza del derecho.

Rhetorical questions: the evilness of law and jurists

A proposal for changing Law Teaching

ABSTRACT

Making the meaning of the expressions “juridical sciences” and “Law” equal gives rise to some problems. Amongst them, the very fact that with that comparison it becomes impossible to deal with questions that any jurist’s apprentice should be aware of as the pejorative opinion about jurists and even Law that underlies all its history, and also with issues that have traditionally been included in Law teaching as rhetoric. In this paper we expressly defend the treatment of those matters in Law teaching by proposing some exercises that the author makes use of in the teaching of the subjects Theory and Philosophy of Law.

KEYWORDS

Law - Juridical sciences - Evilness of Law and jurists - Rhetoric - Law teaching.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, con base en la autonomía universitaria constitucionalmente consagrada y coincidiendo con la implantación del Espacio Europeo de Educación Superior (Bolonia), se ha ido extendiendo en la universidad española el uso de la expresión “ciencias jurídicas” para

denominar los tradicionales estudios de “derecho” con la consiguiente conversión de las “facultades de derecho” en “facultades de ciencias jurídicas”. Un uso, pues, que equipara el sentido de las expresiones “derecho” y “ciencias jurídicas”, y aceptado, al parecer, sin mayores problemas pero que no deja de plantear algunos interrogantes.

En efecto, con esa equiparación viene a defenderse implícitamente que el derecho es una ciencia y que, por tanto, su estudio es un estudio científico haciendo así de sus cultores “científicos” –siquiera sea sociales–,³ con toda la carga positiva que de la expresión “ciencia” se sigue. Ahora bien, ello no sólo choca frontalmente con algunos ataques famosos a la consideración del derecho como ciencia⁴ sino que también elimina de un plumazo otras posibles denominaciones, más o menos neutrales, con las que históricamente se ha calificado el derecho y su estudio: arte, técnica, prudencia... y también otras, no tan neutrales, como las de instrumento de dominación, explotación...

Más aún y en lo que aquí respecta, esa equiparación de sentido entre ambas expresiones parece hacer imposible, en la docencia y aprendizaje del derecho, el tratamiento de temas que tradicionalmente han entrado en ellas como la retórica o la oratoria forense, y de otros que cualquier aprendiz de jurista debería tener bien presentes, como la consideración peyorativa de los juristas y del propio derecho que subyace a toda su historia y que ciertamente no resultan del todo compatibles con la consideración del derecho como “ciencia”.

Así las cosas, en las páginas que siguen, tras analizar sucintamente las dificultades de tratar tales cuestiones desde la consideración de la expresión “derecho” como equivalente a “ciencias jurídicas” y la consiguiente consideración de los juristas como “científicos”, se reivindica expresamente el tratamiento de tales temas en la enseñanza del derecho proponiendo al respecto algunos ejercicios que el autor viene utilizando en la docencia tanto de la Teoría como de la Filosofía del Derecho.

³ A veces no exactamente pues, entre nosotros, en la universidad española, hay también “Facultades de ciencias jurídicas y sociales”, como en la URJC, defendiéndose, pues, implícitamente, que las ciencias jurídicas no entrarían dentro de las sociales.

⁴ Vid., por todos, KIRCHMANN, J. H. von, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin, Rudolf Huafe Verlag, 1990.

2. CIENCIAS JURÍDICAS Y MALDAD DEL DERECHO Y DE LOS JURISTAS

Que la equiparación de sentido entre las expresiones “derecho” y “ciencias jurídicas” hace prácticamente imposible abordar la cuestión de la maldad del derecho y de los juristas es algo que no precisa de mayores explicaciones. En efecto, la connotación positiva del término “ciencia” y de los científicos, extendida al derecho y a los juristas, hace muy difícil, si es que no imposible, caracterizarlos de forma negativa, cosa que puede corroborarse inmediatamente con lo escaso –por no decir, inexistente– de la bibliografía actual referida al tema.⁵

Ahora bien, la consideración peyorativa o negativa del derecho resulta una constante histórica en nuestra cultura que podría ejemplificarse fácilmente desde uno de los pilares de dicha cultura como es el cristianismo, y ciertamente bastaría recordar, al respecto, la siguiente cita del Evangelio de S. Mateo:

“Habéis oído que se dijo: ojo por ojo, diente por diente. Pero yo os digo: No resistáis al mal, antes bien, al que te abofetee en la mejilla derecha ofrécele también la otra; al que quiera pleitear contigo para quitarte la túnica, déjale también el manto; al que te obligue a andar una milla, vete con él dos. A quien te pida da y al que desee que le prestes algo no le vuelvas la espalda”.⁶

Cita desde la que, ciertamente, resulta muy difícil no sólo equiparar al derecho con una ciencia, y a sus cultores con científicos, sino incluso justificar la existencia misma de jueces, abogados, fiscales... y del propio derecho.

Esa misma consideración peyorativa del derecho se sigue desde otra de las constantes históricas en el pensamiento occidental: el anarquismo –la defensa de una sociedad sin normas–⁷ y también desde el pensamiento comunista que, como es bien sabido, considera el derecho como una superestructura incompatible con la sociedad comunista, tanto en su for-

⁵ Dos excepciones relativamente recientes: CAPELLA, J. R., “Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas”, en *Materiales para la crítica de la Filosofía del Estado*, Barcelona, Fontanela, 1976, y LA TORRE, M., “Los juristas malos cristianos”, en *Derechos y libertades* 200, año 8, n. 12, pp. 72-108.

⁶ MATEO 5, 38-48.

⁷ Vid. RIVAYA, B., “Anarquismo y Derecho”, en *Revista de Estudios Políticos*, nro. 112, Madrid, 2001, pp. 77-108.

ma de ley como en su forma de derecho en general.⁸ Constantes históricas de nuevo difícilmente compatibles con la consideración del derecho como ciencia y la consiguiente conversión de las facultades de “derecho” en facultades de “ciencias jurídicas”.

Por lo demás, y como era de esperar desde lo anterior, la consideración peyorativa o negativa de los juristas es también una constante histórica en nuestra cultura que alcanza incluso mayor virulencia que la consideración negativa del propio derecho.⁹

En efecto, ya en la misma Roma puede apreciarse dicha consideración peyorativa de los juristas en el paso de la jurisprudencia pontifical a la laica hacia el 300 a. C., con el agradecimiento que el pueblo mostró a Gnaeus Flavius, un liberto que robó el libro en el que se recogían las acciones procesales entregándolo al pueblo, tal y como se relata en el texto de Pomponio recogido en el Digesto.¹⁰ Un hecho que, al parecer, no dejó de suscitar enconada resistencia entre los juristas-sacerdotes.¹¹

⁸ “...en la *Ideología alemana* escrita por Marx y Engels conjuntamente, no solamente es declarado incompatible con el comunismo el Derecho en forma de ley, sino el Derecho en general. Entre el Derecho y el comunismo existe una antítesis (*Gegegnatz*) aun cuando se presente en su forma más general como derecho del hombre”. FASSO, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*, Madrid, Pirámide, 1979, p. 115.

⁹ He trabajado el tema en las siguientes publicaciones; *De Lenguaje y Poder: Sacerdotes y Letrados*, Madrid, La Balsa de la Medusa, n. 34, 1995, pp. 121-130 y “Teoría Comunicacional del Derecho y lenguaje de los juristas: Algunas consideraciones”, en ROBLES, G. y P. DE BARROS CARVALHO (coord.), *Teoria Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*, São Paulo, Niese, setembro 2011, pp. 145-167.

¹⁰ “...Luego, derivadas de estas leyes, se formaron casi a un tiempo las acciones con las que los hombres pudieran pleitear entre sí; las cuales acciones, para que el pueblo no las practicara a su arbitrio, quisieron que fueran determinadas y solemnes, y esta parte del derecho se denomina ‘acciones de la ley’, es decir, acciones legítimas. Y así, casi en la misma época nacieron estos tres derechos a partir de la ley de las Doce Tablas: de ellas derivó el derecho civil y de ellas procedió la formación de las acciones de la ley. Pero la ciencia de la interpretación de estas leyes así como el conocimiento de las acciones se hallaban en el colegio de los pontífices, de los que se designaba uno que cada año atendiera a los pleitos privados. Y el pueblo se atuvo a esta costumbre durante casi cien años. Posteriormente, habiendo Apio Claudio reunido y puesto por escrito estas acciones, su escriba Gneo Flavio, hijo de un liberto entregó al pueblo el libro que había sustraído y hasta tal punto agradó al pueblo este regalo que le nombró tribuno de la plebe, senador y edil curul”, *Digesto* 1, 2, 9.

¹¹ “Cicerón insinúa que después de la publicación del calendario por Cneo Flavio, los pontífices redactaron las fórmulas procesales con el fin de tener todavía un secreto

Una consideración negativa de los juristas que, por lo demás, resulta especialmente virulenta en lo que respecta a los abogados, como puede apreciarse tanto en la propia glosa que acompaña a su patrón en países como Canadá o Estados Unidos, San Ivo (1253-1303), “abogado pero no ladrón, cosa admirable para el pueblo”:

“Sanctus Ivus erat brito, advocatus et non latro, res miranda populo”,¹²

cuanto en el anhelo de un mundo sin abogados que se desprende, por ejemplo, de la *Utopía* de Tomás Moro en la que los habitantes de la isla, los utópicos:

“Han suprimido por completo a los abogados, hábiles defensores de las causas y sagaces intérpretes de las leyes, pues la experiencia les ha enseñado que es preferible que cada cual defienda sus propios pleitos y exponga ante el juez lo que habría confiado a su abogado. De esta manera se evitan rodeos y se va derecho a la verdad, pues como el interesado se produce sin retórica alguna, pesa solícito el juez sus argumentos y protege a los ingenios sencillos contra las argucias de los intrigantes. En otras naciones es difícil observar normas semejantes, atendida la enorme abundancia de sus complicadísimas leyes”,¹³

como, en fin, en la famosa cita de Shakespeare de la segunda parte de Enrique VI: “*The first thing we do, let’s kill all the lawyers*”, o en la proclama de la España de Felipe V: “*Todo el mal nos viene de los togados*”,¹⁴ que encabeza estas líneas.

Una animadversión contra abogados en particular y juristas en general, que encontró su expresión más extrema en la Revolución Francesa con la supresión en 1793 de los centros de formación de juristas: las facultades de derecho.¹⁵ Supresión plenamente coherente con el propósito

que guardar”. Vid. GARCÍA GARRIDO, M. J. y F. EUGENIO, *Estudios de Derecho y Formación de Juristas*, Madrid, Dykinson, 1988, p. 38.

¹² DEL MORAL GARCÍA, A., Prólogo a APARISI MIRALLES, A., *Ética y deontología para juristas*, Pamplona, Eunsa, 2006, p. 21.

¹³ MORO, T., *Utopía*. En Moro, *Campanella, Bacon: Utopías del Renacimiento*, México, FCE, 1985, pp. 113 y 114.

¹⁴ CAPELLA, J. R., “Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas” cit., p. 66.

¹⁵ KOSCHAKER, P., *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, p. 291.

expresado por Mirabeau de que el derecho debería “*ser más bien la lengua que tendría el pueblo si tuviese el hábito de expresar sus ideas, más que una ciencia que se proponga enseñarle*”,¹⁶ pero que, como es bien sabido, no duró demasiado pues los centros de formación de juristas: las facultades de derecho, fueron restablecidos en 1804,¹⁷ el mismo año de la publicación del *Code Napoleon*. Restablecimiento acompañado de una reivindicación expresa del carácter científico del derecho, de la jurisprudencia, tal y como refleja Portalis en su famoso *Discurso Preliminar*:

“En el estado de nuestras sociedades, harta fortuna es que la Jurisprudencia constituya una ciencia que pueda atraer al talento, lisonjear al amor propio y despertar la emulación. Por todo ello, una clase entera de hombres se dedica a tal ciencia, y esta clase, consagrada al estudio de las leyes, ofrece consejos y defensores a los ciudadanos que no pueden dirigirse y defenderse por sí mismos, y se convierte en algo así como el seminario de la magistratura”.¹⁸

Un restablecimiento, al parecer, definitivo pues, al margen de esporádicas proclamas –como el famoso “*Pas d’avocats*” durante la Comuna de París¹⁹ o sucesivas “revueltas contra el formalismo”–, en alguna de las cuales se incluían alusiones expresas a la figura de Gnaeus Flavius,²⁰ si bien no se pretendía luchar por un derecho libre, expresado en el lenguaje “normal”,²¹ sino por una ciencia del derecho,²² no se han producido, en nuestro ámbito cultural y hasta donde llega nuestro conocimiento,

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza, 1994, p. 31.

¹⁷ KOSCHAKER, P., *Europa y el Derecho Romano* cit., p. 291.

¹⁸ PORTALIS, J. E. M., *Discurso preliminar del proyecto de Código Civil francés*, Valparaíso, Edeval, 1978, pp. 38 y 39.

¹⁹ CAPELLA, J. R., “Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas” cit., p. 66.

²⁰ H. Kantorowicz publicó, como es sabido, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, precisamente bajo el seudónimo de Gnaeus Flavius.

²¹ “Die Regeln, die die Menschen selbst in ihrem Zusammenleben als für sich verbindlich beobachten, sind das lebende Recht...” EHRLICH, E., “Gesetz und lebendes Recht”, en *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*, ed. de M. Rehbinder, Berlín, Duncker & Humblot, 1967, p. 233.

²² El título de la obra de Kantorowicz no es *Der Kampf um das freie Recht*, “La lucha por el derecho libre”, como cabría esperar desde el propio rótulo del movimiento en

más reivindicaciones expresas de cierre de las facultades de derecho que, por el contrario y como se ha visto, se van convirtiendo –al menos en España–, paulatinamente, en facultades de “ciencias jurídicas”, con la connotación positiva que ello conlleva.

Ahora bien, ello no implica, en absoluto, que hayan cesado las inyectivas contra los juristas, incluso en nuestros días, tanto en el ámbito anglosajón, como se sigue de la cita que figura al principio de estas líneas acerca de la “auténtica” función del jurado: *to decide who has the better lawyer*, o afirmaciones de parecido tenor: “*That whether you’re an honest man or whether you’re a thief, depends on whose solicitor has given me my brief*”,²³ como en el ámbito continental, entre nosotros:

“La imagen del jurista que maneja las leyes a su antojo para que se acomoden a sus intereses, sin freno para manipularlas, puede haber sido objeto de caricaturización o exageración pero responde a una cierta realidad, a una percepción social cronificada, más o menos matizada o matizable y desde luego muy simplificadora pero con fundamento real”.²⁴

Así las cosas, dada la persistencia histórica de la consideración peyorativa del derecho y de los juristas, parece oportuno que el aprendizaje de jurista no sólo tenga presente la famosa consideración de Ulpiano que encabeza estas líneas:

“Conviene que el que ha de darse al estudio del derecho, conozca en primer lugar de dónde viene la palabra *ius*. Llámase así de *iustitia* pues, como elegantemente lo define Celso, el derecho es el arte de lo bueno y de lo justo”,²⁵

sino que también le conviene tener presente que el derecho y los juristas –especialmente los abogados– han sido, y siguen siendo, considerados también negativamente. Un tema que, hasta donde llega nuestro conocimiento, no se ha incluido –al menos en España– en los planes de es-

que se inserta, *Freirechtsbewegung*, “Movimiento del derecho libre”, sino *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, “La lucha por la ciencia del derecho”.

²³ W. S. GILBERT, cit. en RIVLIN, G., *Understanding the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 85.

²⁴ DEL MORAL GARCÍA, A., *Prólogo* cit., p. 21.

²⁵ Digesto 1, 1, 1, Ulpiano.

tudios ni siquiera cuando las facultades de derecho se consideraban unánimemente de eso, de derecho, y no de ciencias jurídicas, y que sólo ha sido tratado puntualmente, en virtud de la libertad de cátedra, por algún autor del que, ciertamente, en este punto, nos sentimos deudores.²⁶

Desde luego, al aprendiz de jurista le conviene tener presente tal cuestión a la hora de comenzar su formación, al principio de sus estudios, para lo cual ciertamente parece idónea una asignatura generalista como la Teoría del Derecho, situada en España en el primer año del grado, pero también, y sobre todo, le conviene volver sobre el asunto al final de su aprendizaje, inmediatamente antes de incorporarse al mercado laboral y empezar con el desempeño profesional, para lo cual parece asimismo idónea la otra asignatura generalista: la Filosofía del Derecho, situada en España en el último año de grado.

3. RETÓRICA Y CIENCIAS JURÍDICAS

Si la equiparación de sentido de los términos “derecho” y “ciencias jurídicas”, con la consiguiente conversión de las “facultades de derecho” en “facultades de ciencias jurídicas”, hace difícil el tratamiento de la cuestión de la maldad del derecho y de los juristas por la connotación positiva que el término “ciencia” conlleva, mucho más difícil aún resulta el estudio de la retórica, de la oratoria, desde esa misma equiparación.

Y, en efecto, no ya el estudio sino la mera mención de la retórica parece completamente fuera de lugar en una facultad de “ciencias jurídicas”, dado que la retórica es un arte dirigido a la persuasión mientras que la ciencia trata de la verificación de hipótesis, del conocimiento por medio de la experimentación o la deducción..., de modo que, ciertamente, la retórica no sería digna de “respeto alguno”, tal y como expresó lapidariamente Kant en su *Crítica del Juicio*:

“...la oratoria (*ars oratoria*) como arte de emplear las debilidades de los hombres al servicio de las propias intenciones (sean éstas todo lo bien pensadas, todo lo buenas realmente que se quieran) no es digna de ningún respeto”,²⁷

²⁶ Así, CAPELLA, J. R., “Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas” cit., que apareció hace casi cuarenta años, en 1976.

²⁷ KANT, *Crítica del juicio*, & 53, n. 1, México, Editora Nacional, 1975, p. 398.

concluyendo que no sería aconsejable ni siquiera para las salas de justicia:

“La oratoria, entendiendo por ella el arte de persuadir, es decir, de imponerse por la bella apariencia (como *ars oratoria*) y no el mero hablar bien (elocuencia y estilo), es una dialéctica que toma de la poesía sólo lo que es necesario para seducir, en provecho del orador, a los espíritus antes del juicio y arrebatarles su libertad; así pues no puede aconsejarse ni para las salas de justicia ni para las cátedras sagradas, pues, cuando se trata de leyes civiles, del derecho de una persona o de duradera enseñanza y determinación de los espíritus para un exacto conocimiento y una concienzuda observancia del deber, es indigno de un negocio tan importante el dejar de ver la menor traza de exuberancia en el ingenio y en la imaginación, y más aún de ese arte de convencer y de seducir por el provecho de alguien”.²⁸

Ahora bien, fue precisamente en las salas de justicia, con propósito forense, como nació la retórica:

“Siracusa, primeros decenios del siglo V a. C.: dos tiranos, Gelón y su sucesor Gerón I, llevan a cabo expropiaciones masivas de terrenos para distribuir lotes a soldados mercenarios. Cuando en el 467 a. C. una insurrección derroca a la tiranía, comienza una larga serie de procesos para reclamar las propiedades confiscadas. Con una inclinación natural a la argumentación y a los enfrentamientos judiciales (...) los litigantes sabían atacar y defender con una eficacia y precisión instintivas. Sólo faltaba proveerles de un método y de una técnica codificados, y es ésta la tarea que habría llevado a cabo Córax, ya en actividad en tiempos de la tiranía, y su discípulo Tisias, considerados por ello, según una tradición muy difundida, como los fundadores de la retórica”,²⁹

que desde entonces está, al parecer, indisolublemente ligada al oficio del abogado:

“...el ejercicio de la abogacía pasa por el uso persuasivo de la palabra, por lo que desde hace muchos siglos se llama retórica”.³⁰

²⁸ *Ibíd.*, pp. 396 y 397.

²⁹ MORTARA GARABELLI, B., *Manual de retórica*, Madrid, Cátedra, 2000, p. 18.

³⁰ LA TORRE, M., “Abogacía y retórica. Entre teoría del derecho y deontología forense”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XXV, 2008-2009.

Así las cosas, no es de extrañar que uno de los principales motivos de rechazo a los juristas, en general, y a los abogados, en particular, haya sido precisamente su capacidad retórica, su capacidad oratoria, persuasiva, como, sin ir más lejos, vimos más arriba a propósito de la *Utopía* de Tomás Moro, en la que se suprimían los abogados precisamente para que el interesado se explicase “*sin retórica alguna*”.³¹

Y tampoco es de extrañar que, al igual que con los abogados y juristas, haya sido una constante histórica la pretensión de acabar con la retórica, si bien, al igual que los juristas en general y los abogados en particular, ha renacido de sus propias cenizas hasta llegar a ser aceptada, hoy por hoy, de forma generalizada, si bien con las mismas reticencias que juristas en general y abogados en particular siguen sufriendo, como señalábamos al final del apartado anterior:

“La fortuna de la retórica, bien como concepto, bien como simple término, ha sido y sigue siendo tan voluble e inestable que extraña que después de haber sido anunciada muchas veces su muerte, siempre haya vuelto a resucitar resplandeciente como fénix de las cenizas. A pesar de todo, para muchos, el término ‘retórica’ todavía despierta asociaciones peyorativas y es utilizado como sinónimo de engaño, demagogia, palabrería que recubre fraudulentamente la vacuidad de los mensajes. Lamentablemente no le faltan razones a los cautos y a los denunciadores porque el instrumental de la retórica también se ha utilizado desde sus principios para manipular y engañar al público; y basta seguir con un poco de atención ciertos discursos políticos, periodísticos y publicitarios actuales para darse cuenta de que no se ha perdido la costumbre. Para otros, sin embargo, la retórica era y sigue siendo el arte del buen decir, destreza y disciplina de la que se echa mano para comunicar y convencer eficaz y responsablemente en los más diversos ámbitos, como el jurídico, la predicación, la enseñanza, la publicidad, la política, la literatura; incluso se propone en ocasiones la creación de una polivalente ‘retórica general’ que abarcaría todos los ámbitos de comunicación y creación”.³²

Con todo ello y al igual que en el caso del derecho, de los juristas en general y los abogados en particular, conviene que el que haya de

³¹ Vid. *supra* n. 12.

³² SPANG, K., *Persuasión. Fundamentos de retórica*, Pamplona, Eunsa, 2005, p. 13.

darse al estudio del derecho –de las ciencias jurídicas, si se quiere– tenga conocimiento en algún momento de un arte que ha sido considerado indisolublemente ligado al oficio del abogado y que ha sufrido las mismas consideraciones peyorativas que éste. Un tema que, de nuevo y hasta donde llega nuestro conocimiento, no se ha incluido en los planes de estudios de la universidad española ni siquiera cuando las facultades de derecho se consideraban unánimemente de eso, de derecho, y no de ciencias jurídicas, y ello por mucho el tema sea susceptible de ser tratado en diversas disciplinas jurídicas.

Desde luego y de nuevo, al futuro jurista le conviene tenerlo presente a la hora de comenzar su formación, al principio de sus estudios, para lo cual ciertamente parece idónea una asignatura generalista como la Teoría del Derecho, situada en España en el primer año del grado, como ya se señaló; pero también, y sobre todo, le conviene volver sobre el asunto al final de su aprendizaje, inmediatamente antes de incorporarse al mercado laboral y empezar con el desempeño profesional, para lo cual parece asimismo idónea la otra asignatura generalista, la Filosofía del Derecho, situada en España en el último año de grado, como asimismo se señaló.

4. UNA PROPUESTA DE TRANSFORMACIÓN EN EL APRENDIZAJE DEL DERECHO

Una vez demostrada la conveniencia de tratar tanto el tema de la maldad del derecho y de los juristas como el de la retórica en el primer y último curso del grado de derecho, la propuesta que aquí se defiende es la de tratar conjuntamente ambos temas, esto es, convertir en cuestiones retóricas la maldad del derecho y de los juristas y ello tanto al principio de los estudios del futuro jurista, en la asignatura Teoría del Derecho, como al final de los mismos, inmediatamente antes de empezar el ejercicio profesional, en la asignatura Filosofía del Derecho.

Lo cual, en nuestra opinión, supone una transformación en el aprendizaje del derecho no sólo por incorporar decididamente la retórica –en los términos vistos y por mucho que quepa en otras disciplinas jurídicas–, sino, y sobre todo, por incluir en dicho aprendizaje la consideración peyorativa del derecho y de los juristas como uno de sus motivos centrales.

Una transformación, en el aprendizaje del derecho, activa, por lo demás, toda vez que, siguiendo las directrices del Espacio Europeo de Educación Superior (Bolonia), se utiliza una metodología en la que han de ser los propios aprendices de juristas, los propios estudiantes de “ciencias jurídicas” –o de “derecho”, si se prefiere–, quienes a partir de datos e instrucciones básicas aportados por el profesor en primer curso, en Teoría del Derecho, y a partir de su propia experiencia discente así como de sus expectativas en el último curso, en Filosofía del Derecho, tienen que poner de su parte para la realización de los ejercicios que al respecto se les proponen deduciendo las conclusiones pertinentes.

Así las cosas, y en lo que respecta al momento inicial de su formación, uno de los primeros días de clase de Teoría del Derecho –si es que no el primero, dado que la cuestión de la maldad de los juristas y del derecho es un tema a tratar de modo cuasi preliminar–, dentro de un ejercicio más amplio en el que previamente se les pide que definan el derecho y si ha de ser considerado arte, ciencia, técnica, prudencia..., se plantean ambas cuestiones de forma conjunta, del modo que se explica a continuación.

Primero, se procede a una caracterización mínima del arte retórico de forma práctica, esto es, exponiendo las principales partes de un discurso retórico: introducción/exordio, desarrollo/argumentación y conclusiones, así como alguno de los recursos retóricos básicos: captar la atención del auditorio, atraer su simpatía hacia el orador (*captatio benevolentiae*), uso de exclamaciones, interrogaciones, imprecaciones...

Una vez explicado lo anterior, se les comunica que van a aplicarlo inmediatamente realizando un ejercicio retórico. Al respecto se les advierte que, si bien van a hacerlo por escrito, se trata de hacerlo como si fuera a ser dicho, expuesto, declamado ante un auditorio, por lo que conviene trabajar primero en un borrador con el esquema básico y luego ir puliendo dicho borrador, de forma que el ejercicio, aunque escrito, acabe siendo un ejercicio dicho, expuesto, declamado ante un público al que se intenta convencer.

Tras lo anterior, se plantea la cuestión retórica a tratar que es precisamente la de la maldad del derecho y de los juristas, para lo cual se les facilita algunas de las citas a las que se ha hecho alusión en estas

páginas: *"Sanctus Iovis erat brito, advocatus et non latro, res miranda populo", "Pas d'avocats", "Todo el mal nos viene de los togados"...*, especificándoles que tienen que tratar de convencer, de persuadir a sus compañeros, al resto de los estudiantes de la clase, de que, efectivamente, tales afirmaciones son correctas, aportando los argumentos que consideren oportunos y derivando las conclusiones pertinentes.

La experiencia docente de quien escribe le ha llevado a constatar que, contra lo que pudiera esperarse y bien sea por la novedad del ejercicio, bien sea por plantearse uno de los primeros días de clase, los estudiantes no suelen tener reticencias a la hora de realizarlo sino todo lo contrario, utilizando además para ello mucho más tiempo del que en principio se les otorga (media hora, tres cuartos) por lo que suelen demandar tiempo adicional.

Bien es cierto que, en ocasiones, algunos estudiantes sí se muestran renuentes a la realización del ejercicio pues, en último término, no deja de ser un ataque contra ellos mismos, contra la materia que voluntariamente han elegido cursar. Objeción a la que quien suscribe responde aduciendo que una de las habilidades básicas de los juristas en general y los abogados en particular es la argumentativa, la capacidad de argumentar a favor y en contra. Una habilidad que irán aprendiendo a lo largo del grado y, por tanto, también en Teoría y Filosofía del Derecho, siendo uno de los mejores modos de comenzar a adquirir esa habilidad el de imaginar qué argumentos podrían utilizarse en contra de los juristas y del derecho, dado que, en cuanto estudiantes de derecho, están involucrados en la cuestión.

Por lo demás, el ejercicio no acaba ahí, sino que, como resulta fácilmente previsible a partir de las referencias a la capacidad argumentativa de los juristas que se acaban de hacer, una vez concluida la realización de esta primera cuestión retórica, se procede a la realización de la contraria. Esto es, siguiendo el mismo esquema y haciendo uso de los recursos retóricos que se les ha dado, tienen que proceder a continuación al ejercicio opuesto, es decir, a rebatir ante el mismo auditorio la argumentación que acaban de realizar contra el derecho y los juristas, procediendo a su defensa y contraargumentando, como si fueran otra persona, los argumentos que acaban de utilizar en el ejercicio previo.

Ni qué decir tiene que en este punto además de todos los recursos retóricos a los que ya se hizo mención al ilustrar la primera parte del ejercicio, se les da asimismo la posibilidad de utilizar argumentos *ad hominem*, pues, si bien se les advierte que son los más débiles y que su utilización no es aconsejable en prácticamente ninguna circunstancia, habida cuenta de que en este caso son la misma persona –fiscal y abogado defensor, por así decirlo– pueden utilizarlos si les parece oportuno.

La experiencia de quien suscribe le lleva de nuevo a constatar que, bien sea por la novedad del ejercicio, bien sea por plantearse uno de los primeros días de clase, los estudiantes no tienen inconveniente alguno, sino todo lo contrario, en la realización de este contraejercicio –utilización de argumentos *ad hominem* incluida–, demandando asimismo más tiempo del previamente concedido (otra media hora, tres cuartos).

Como puede seguirse fácilmente de todo lo expuesto hasta aquí, la realización de los dos ejercicios anteriores no se agota en sí misma, sino que, por una parte, prosigue inmediatamente en la propia asignatura Teoría del Derecho, en el momento inicial de la formación del futuro jurista y, por otra, se prolonga implícitamente durante todo el grado –de forma latente, por así decirlo–, hasta volver a hacerse explícita en los ejercicios planteados en Filosofía del Derecho, a los que después nos referiremos.

En lo que toca a la continuación inmediata, en la propia impartición de la asignatura Teoría del Derecho, los mejores ejercicios desde una y otra postura –a favor y en contra de la maldad del derecho y de los juristas– son seleccionados por el profesor para su posterior lectura-exposición y análisis en clase en vista de extraer las conclusiones pertinentes. Por los “mejores ejercicios” se entiende aquellos que lo son tanto desde un punto de vista estrictamente retórico: los que cumplen mejor con los requisitos de captar la atención, *captatio benevolentiae*, como desde el punto de vista argumentativo: los que recogen el mayor número de argumentos y contraargumentos en relación con la maldad del derecho y de los juristas.

En cuanto a las conclusiones a extraer, no parece preciso insistir en que el profesor no las cierra en absoluto sino todo lo contrario, pues se deja al criterio de los alumnos –de todos y cada uno de ellos– el derivar

las conclusiones pertinentes habida cuenta de que el tema les afecta directamente y son ellos quienes tienen que llegar a ellas no sólo en ese preciso momento sino a lo largo de todo el semestre. Y es que a lo largo de toda la impartición de la asignatura Teoría del Derecho se vuelve esporádicamente sobre las cuestiones de la maldad del derecho y de los juristas, dejándolas finalmente abiertas con el propósito explícito de volver a plantearlas en la asignatura con la que se cierra su formación, en Filosofía del Derecho.

Con todo lo cual, la transformación en el aprendizaje del derecho que aquí se propone viene a impregnar, siquiera sea de forma latente y por así decirlo, todo el grado de derecho, toda la formación del futuro jurista hasta llegar al momento final del aprendizaje, el último curso de grado, en el que de nuevo se plantea explícitamente la cuestión de la maldad del derecho y de los juristas, ahora en la asignatura Filosofía del Derecho y de forma acorde al momento final de su formación.

En efecto, en Filosofía del Derecho, la cuestión no se plantea de forma general, como en Teoría del Derecho, sino en concreto, desde la formación que ya han adquirido durante el grado y teniendo en cuenta que están a punto de comenzar su desempeño profesional en alguna de las múltiples salidas que el grado ofrece: abogado, fiscal, juez, procurador, notario, registrador, inspector de Hacienda, inspector de trabajo...

Así las cosas, bien individualmente, bien en grupos reducidos (dependiendo del número de alumnos matriculados), los estudiantes han de hacer un trabajo sobre esas diversas salidas profesionales. Trabajo que ha de incluir tanto una descripción de la profesión en concreto (código deontológico incluido) cuanto una justificación de la necesidad de existencia de dicha profesión, y que ha de ser expuesto y defendido retóricamente ante el resto de la clase, y ello ya no leyendo el ejercicio como en Teoría del Derecho, sino de viva voz, como si de un auténtico alegato en defensa de la profesión se tratase.

Tras lo expuesto hasta aquí no parece preciso insistir en que el resto de la clase está obligado a objetar las exposiciones, con independencia de que esté o no de acuerdo con ellas. Objetarlas tanto desde un punto de vista formal –el uso efectuado de la retórica– como material –la jus-

tificación de la existencia de esa profesión en concreto-, y ello, bien voluntariamente, lo que redundaría en una posible mayor calificación final para el estudiante en cuestión, bien de forma “obligada”, pudiendo ser cualquiera de los estudiantes presentes en el aula “amablemente invitado” por el profesor a proceder a ello.

Tampoco parece preciso insistir en que, una vez más, las conclusiones no se cierran por parte del profesor sino que quedan al arbitrio de los estudiantes –ya inmediatos juristas–, con lo que, paradójicamente, la cuestión de la maldad del derecho y los juristas –su pretendido carácter científico– no queda en absoluto resuelta sino que, por así decirlo, seguirá presente en su desempeño profesional.

La experiencia de quien suscribe le lleva a hacer constar expresamente tanto el interés que los estudiantes muestran en la propia descripción de cada una de las profesiones que se exponen, cuanto su habilidad en atacarlas y defenderlas, su habilidad a la hora de argumentar y contraargumentar, cuanto en fin y sobre todo, el hecho –paradójico, si se quiere– de que no requieren conclusiones definitivas al respecto por parte del profesor. Constataciones en las que, de nuevo por razones de espacio, no cabe entrar aquí con mayor detalle.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: DERECHO Y CIENCIAS JURÍDICAS

Ahora bien, y por mucho que no quepa entrar en mayores detalles, sí resulta obligado señalar que los anteriores ejercicios se enmarcan dentro de una Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho que asumen, tratando de explicarlo, el hecho de que

“La ambigüedad o la ‘doble’ parece ser una cualidad o un vicio que aflige *ab origine* la entera experiencia jurídica (...) Tal ambigüedad no puede no reflejarse en sujetos que del derecho hacen un oficio o una profesión”.³³

Dicho en otros términos, los ejercicios a los que aquí se ha aludido se enmarcan en un presupuesto metodológico general según el cual no cabe reducir el derecho a las ciencias jurídicas ni tampoco, en conse-

³³ LA TORRE, M., “Abogacía y retórica. Entre teoría del derecho y deontología forense” cit., pp. 19 y 20.

cuencia, cabe una transformación, sin más ni más, de las “facultades de derecho” en “facultades de ciencias jurídicas” como viene ocurriendo en la universidad española en los últimos tiempos. La experiencia jurídica, en nuestra opinión, es ambigua, doble, y la Teoría y la Filosofía del Derecho han de asumir y explicar esa ambigüedad. Una explicación que, desde luego, va más allá del propósito asignado a estas líneas.³⁴

Fecha de recepción: 30-10-2013.

Fecha de aceptación: 15-1-2014.

³⁴ He defendido la ambigüedad del concepto de derecho en “Pirámides y redes: El concepto de derecho”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n. 14, Madrid, 1999, pp. 171-197.