

Retórica y abogacía: entre la convicción y la persuasión

Rethoric and Advocacy: between Conviction and Persuasion

Dr. Luis BUENO OCHOA
Universidad Pontificia
Comillas de Madrid
lbueno@icade.comillas.edu
ORCID: 0000-0001-5076-5835

Resumen: La metáfora acerca del mapa y el territorio precipita, primeramente, el abordaje, en líneas generales, tanto de la retórica como de la abogacía. Seguidamente, ya en el seno de la teoría de la argumentación jurídica, se distingue entre los razonamientos lógicos y los razonables (ya sean dialécticos, ya sean persuasivos). El estudio de la dialéctica, que tiene por objeto la convicción, avanza a partir de la interpretación judicial y tiene como corolario el denominado arbitrio judicial. Por su parte, el estudio de la retórica, que tiene por objeto la persuasión, avanza a partir de la noción de ponderación y tiene como corolario la equidad judicial. Se concluye haciendo una nueva alusión metafórica, esta vez al mar de dudas, con la que se postula una alianza entre la teoría de la argumentación jurídica y el “arte de la duda” como ejercicio de tolerancia que rehúye del dogmatismo.

Abstract: The metaphor of The Map and the Territory first of all precipitates the approach, in general terms, Rhetoric and Advocacy. Then, within the Theory of Legal Argumentation, a distinction is made between logical reasoning and reasonable reasoning (whether dialectical or persuasive). The study of dialectics, which aims at conviction, proceeds from judicial Interpretation and has as its corollary the so-called Judicial Arbitration. On the other hand, the study of Rhetoric, which aims at Persuasion, progresses from the notion of Balancing and has judicial Equity as its corollary. It concludes with a new metaphorical allusion, this time to the sea of doubt, which postulates an alliance between the Theory of Legal Argumentation and the “Art of Doubt” as an exercise in tolerance that avoids dogmatism.

Palabras Clave: Retórica, Abogacía, Convicción, Dialéctica, Persuasión, Interpretación, Arbitrio Judicial, Ponderación, Equidad Judicial.

Keywords: Rhetoric, Advocacy, Conviction, Dialectic, Persuasion, Interpretation, Judicial Arbitration, Balancing, Judicial Equity.

Sumario:**I. El mapa y el territorio.****II. Mapeando la retórica.**

2.1. *Elementos.*

2.2. *Hitos.*

III. Mapeando la abogacía.

3.1. *Régimen jurídico y marco de actuación.*

3.2. *Funciones.*

IV. El terreno de la convicción.

4.1. *Proyección de la interpretación.*

4.2. *El arbitrio judicial.*

V. El terreno de la persuasión.

5.1. *Proyección de la ponderación.*

5.2. *La equidad judicial.*

VI. Entre dos mares y sin dejar de dudar.**VII. Bibliografía.**

Recibido: septiembre 2024.

Aceptado: noviembre 2024.

I. EL MAPA Y EL TERRITORIO

La metáfora, tan apreciada como principio fundamental en el seno de la denominada Programación Neurolingüística (PNL), según la cual, “el mapa no es el territorio”¹, constituye el detonante de lo que se propone. Dicha metáfora, sin embargo, no aspira en este caso a tener un papel unidireccional puesto que la representación -del mapa- y la realidad -del territorio- se podrán ver confundidos al proyectarla, primeramente, en sendos mapas de la retórica y de la abogacía; y, después, en dos terrenos, más bien arenas movedizas, como se verá, como los de la convicción y la persuasión.

El dictum nietzscheano, según el cual, «no hay hechos, sólo interpretaciones»² puede envolver, asimismo, la confusión entre ambos planos pudiendo verse invertido el significado inicial de la metáfora invocada. Así, podrá percibirse que el mapa -de la representación- no se separa, o no contradice tanto, la propia realidad; y, de la misma manera, el terreno -de la realidad- no distará tanto de la visión idealista. Una de las inquietantes novelas de un autor tan

¹ La famosa frase proviene de un artículo del matemático Alfred Korzybski (1879-1950), conocido por desarrollar la teoría de la semántica general, basado en un trabajo presentado en una reunión de la *American Mathematic Society* en New Orleans, Louisiana, el 28 de diciembre de 1931. Vid. KORZYBSKI, A. “A Non-Aristotelian System and its Necessity for Rigour in Mathematics and Physics”, que incluye la cita de referencia, “A map is not the territory”, p. 750. Recuperado de <http://esgs.free.fr/uk/art/sands-sup3.pdf>

² La archiconocida cita entrecomillada se extrae del fragmento 7 [60] que pasa a transcribirse: “Contra el positivismo, que se queda en el fenómeno “solo hay hechos”, yo diría, no, precisamente no hay hechos, sólo interpretaciones. No podemos constatar ningún *factum* “en sí”: quizás sea un absurdo querer algo así. “Todo es subjetivo”, decís vosotros: pero eso ya es *interpretación*, el “sujeto” no es algo dado sino algo inventado y añadido, algo puesto por detrás. - ¿Es en última instancia necesario poner aún al intérprete detrás de la interpretación? Ya eso es invención, hipótesis.

En la medida en que la palabra “conocimiento” tiene sentido, el mundo es cognoscible: pero es *interpretable* de otro modo, no tiene un sentido detrás de sí, sino innumerables sentidos, “perspectivismo”.

Son nuestras necesidades *las que interpretan el mundo*: nuestros impulsos y sus pros y sus contras. Cada impulso es una especie de ansia de dominio, cada uno tiene su perspectiva, que quisiera imponer como norma a todos los demás impulsos”. NIETZSCHE, F. *Fragmentos póstumos (1885-1889)*, volumen IV, ed. española dirigida por Diego Sánchez Meca, trad. de Juan Luis Vermal y Juan. B. Llinares. Tecnos, Madrid 2006, 7 [60], p. 222.

polémico como Michel Houellebecq, cuyo título remite al de la metáfora traída a colación³, puede ser una buena muestra de esa pugna entre la representación y la realidad a partir de un mundo paralelo, de cariz artístico en este caso, que viene representada, nunca mejor dicho, por el arte de la fotografía. Así es, efectivamente, cómo el protagonista de la novela, Jed Martin, inaugura su primera exposición en París bajo el título “EL MAPA ES MÁS IMPORTANTE QUE EL TERRITORIO”⁴. El arte, o si se prefiere, la ficción, como se suele decir, supera a la realidad. Esta declaración de intenciones, así cabe considerarla, prepara el terreno, pues, para que tenga lugar la interacción entre el binomio retórica-abogacía y el par convicción-persuasión expresamente citados en el título del encabezamiento.

Si la metáfora del mapa y el territorio es la que anima a mapear, en los primeros compases, la retórica y la abogacía y, acto seguido, impulsa el análisis, sobre el terreno, de la convicción y la persuasión, corresponde ahora dejar anunciada una segunda metáfora que atañe al desenlace entre tantas acciones de contraste. Será “entre dos mares”, espoleados por la duda, más específicamente por “el arte de la duda», según el título de la obra de un jurista italiano contemporáneo⁵, cómo se pondrá el punto final. Un punto final que, atravesado por la duda, podrá no resultar convincente, y mucho menos persuasivo, y que, sin embargo, de la mano de Homero, recreará esa otra metáfora náutica admitiendo, en fin, que

*...ni el gran gran brío del Océano, de profundo curso,
que es de quien todos los ríos y todo el mar,
todas las fuentes y los hondos pozos manan;*⁶

Mapas, territorios (o mejor decir terrenos) y, para concluir, mares, abrigan, sucesivamente, a la retórica y la abogacía; a la convicción y a la persuasión; y, finalmente, se llega hasta la duda. Hasta “el arte de la duda», más exactamente, espoleado por lo difícil que resulta cohonestar, como se tendrá ocasión de comprobar en el último tramo, interpretación-arbitrio y ponderación-equidad.

³ Vid. HOUELLEBECQ, M., *El mapa y el territorio*, trad. de Jaime Zulaika. Anagrama, Barcelona 2011.

⁴ *Ibidem*, p. 72.

⁵ Vid. CAROFIGLIO, G., *El arte de la duda*, prólogo de Manuel Atienza y trad. de Luisa Juanatey. Marcial Pons, Madrid 2007.

⁶ HOMERO, *Iliada*, introducción, trad. y notas de E. Crespo, índice onomástico de M. Cuesta y revisión de Carlos García Gual. Biblioteca Gredos, Madrid 1982, *Canto XXI*, 195-197, p. 422.

II. MAPEANDO LA RETÓRICA

El “arte de bien decir, de dar al lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar, persuadir o conmover”⁷ que define la retórica puede verse representado, con carácter previo, con una alusión, posiblemente ineludible, a las siete artes liberales y concretamente, al plan de estudios de Casiodoro (485-580) que sirvió de base a la educación que se impartió en las escuelas monásticas, catedralicias y palatinas y, posteriormente, en los *studia generalia* y en las universidades medievales⁸. Hay que referirse, pues, a la distinción entre el *trivium* (Gramática, Retórica y Dialéctica) y el *cuadrivium* (Aritmética, Música, Geometría y Astronomía). Además de esta escueta referencia preliminar la acción de mapear la retórica va a circunscribirse a sus elementos y a una serie de hitos que permiten rastrear quiénes pueden ser considerados sus principales representantes.

2.1. Elementos

Aristóteles, que es considerado, comúnmente, el fundador de la retórica, llegó a distinguir tres elementos: *ethos*, *pathos* y *logos*; viéndose así conformado el conocido como “triángulo retórico”. A estos tres elementos se suele añadir un cuarto: *kairos*.

Convendrá introducir la retórica haciendo una somera alusión a cada uno de estos cuatro elementos. Antes, sin embargo, es oportuno precisar cómo el Estagirita introducía en su *Retórica* la antedicha tríada; a saber:

“De entre las pruebas por persuasión, las que pueden obtenerse mediante el discurso son de tres especies: unas residen en el talante del que habla, otras en predisponer al oyente de alguna manera y, las últimas, en el discurso mismo, merced a lo que éste demuestra o parece demostrar”⁹.

Cumple señalar, con el fin de reafirmar lo anterior, que “no hay duda, desde luego, de que el *êthos*, *páthos* y *lógos* constituyen las fuentes *específicas* de enunciados persuasivos e incluso de que aportan toda la materia *propia* de la retórica”¹⁰.

⁷ La cita transcrita se corresponde con la 4ª acepción recogida en el DRAE; hay otras, en cambio, cuyo contenido es de carácter despectivo: “vacuo, falto de contenido” (3ª acepción) y “uso impropio o intempestivo de la retórica” (6ª acepción); o, simplemente, coloquial: “sofisterías o razones que no son del caso” (7ª acepción). Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*. Edición del Tricentenario (actualización 2023).

⁸ Vid. CASIODORO, F.M.A., *Institutiones Saecularum Litterari. Las siete artes liberales*, trad. de Mari Cruz Ramos Torres. La Hoja del Monte, Valdemorillo (Madrid) 2009.

⁹ ARISTÓTELES, *Retórica*, introd., trad. y notas de Quintín Racionero. Gredos, Madrid 1999, I, 2, 1356, 1-4, p. 175.

¹⁰ *Ibidem*, p. 192, nota 70.

Complementariamente a lo anterior, pasan a exponerse, como esquema básico aplicativo, las acotaciones siguientes:

Ethos. Si los argumentos se fundamentan en el carisma personal (condición moral o *auctoritas*) del emisor.

Pathos. Si se basan en los sentimientos que se intentan activar en el receptor.

Logos. Si se basan en la lógica argumentativa que emana del propio discurso.

De la triple clasificación precedente se advierte cómo estos tres modos de persuadir confluyen en la conocida como *Ars Rethorica*: valores *-ethos-*, sentimientos *-pathos-* y argumentos *-logos-*. Estos tres ángulos pueden verse realzados, como queda dicho, con un cuarto; a saber:

Kairos. El factor temporal y, más concretamente, el criterio de oportunidad, como si de un don se tratase, está llamado a cerrar el esquema precedente sin pasar por alto, a modo de puntualización, que:

“Los griegos llamaron *kairos*, a diferencia del monótono tiempo secuencial (*chronos*), a ese instante fugaz, momento adecuado, en el que algo importante sucede. *Kairos* es la ocasión, la oportunidad favorable que cambia el destino del hombre. Es el *dies veniens*, ese tiempo en el que todas las circunstancias convergen para la obtención de un máximo rendimiento. *Kairos* es fortuna, riesgo y peligro. Un segundo, un instante radiante que se inmortaliza. De alguna manera, es el Aleph”¹¹.

Una vez presentados los cuatro pilares de la retórica-persuasión que remiten, según lo expuesto, a la secuencia valores (*ethos*), sentimientos (*pathos*), argumentos (*logos*) y oportunidad (*kairos*), corresponde rastrear, aunque sea a vuelapluma, una nómina de autores cuyo protagonismo es innegable en la materia de que se trata.

2.2. Hitos

Una sucinta mención a tres autores cimeros como Aristóteles, Cicerón y Quintiliano se verá complementada con la de un conjunto de autores contemporáneos con miras a resaltar, con trazo grueso, la nómina de aportaciones más destacadas en la retórica; que, en última instancia, se verá puesta en relación con el mundo del Derecho.

¹¹ DOMINGO, R., “Entre el *chronos* y el *kairos*”, en *Nuestro Tiempo. Revista Cultural y de Cuestiones Actuales*, núm. 679, abril-junio 2013, p. 27.

Aristóteles (384 a.C.-322 a.C.). Más allá de lo expuesto anteriormente acerca del denominado “triángulo retórico” interesa destacar la distinción, frecuentemente discutida, entre retórica y dialéctica; y entre los géneros y las partes del discurso.

Aristóteles comenzaba su *Retórica* afirmando que “la retórica es una *antístrofa* de la dialéctica, ya que ambas tratan de aquellas cuestiones que permiten tener conocimientos en cierto modo comunes a todos y que no pertenecen a ninguna ciencia determinada”¹². Esta declaración inicial constituye el punto de partida pudiendo afirmar, por lo que seguirá después, que mientras la dialéctica tiene que ver con la técnica de la discusión, la retórica, en cambio, se refiere al arte de la persuasión. Así pues, a diferencia de la racionalidad estricta de la lógica o de la ciencia (*Episteme*), es decir, *lo demostrable*; hay que atender, asimismo, a la razonabilidad de *lo opinable*: que o bien puede ser de cariz dialéctico (*Doxa*), el que es propio de la discusión centrada en determinar qué argumentación resulta más plausible; o bien de cariz retórico (*Techne*), en orden a determinar cuál de los argumentos barajados es más persuasivo¹³. Añádase a lo anterior que son tres los géneros del discurso: deliberativo, judicial y demostrativo que miran al futuro, pasado y presente, respectivamente¹⁴; y que las partes -necesarias- en que se divide el discurso “son sólo la exposición y la persuasión. Estas son, pues, las propias; y, a lo máximo, exordio, exposición, persuasión y epílogo”¹⁵.

Cicerón (106 a.C.-43 a.C.). El jurista y político romano realizó importantes aportaciones al campo de la retórica. Así, entre sus obras menores pueden citarse *De inventione* (86 a. c.), *De optime genere oratorum* (44 a. C.) y *Partitiones oratoriae* (45 a. C.); y entre las mayores la trilogía formada por *De oratore* (55 a. C.), *Brutus* (45 a. C.) y *Orator* (46 a. C.)¹⁶. La teoría retórica de Cicerón permite distinguir, por un lado, las cinco partes en que ya dividiera su objeto Aristóteles: “la *invención*, la *disposición*, el *estilo*, la *memoria* y la *representación*”¹⁷; y, por otro, las seis partes del discurso: “*exordio*, *narración*, *división*, *demonstración*, *refutación* y *conclusión*”¹⁸.

¹² ARISTÓTELES, *Retórica*, o.c., I, 1, 1354b, 1-4, p. 25.

¹³ Esta clasificación tripartita de los razonamientos jurídicos (*lógicos*, en sentido estricto, y dentro de los razonables, *dialécticos* y *retóricos*) mantiene vigencia. *Vid.*, por ejemplo, DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Ariel, Barcelona 1973.

¹⁴ Cfr. *ibidem*, I, 3, 1358b, 9-21, pp. 54-55.

¹⁵ *Ibidem*, III, 13, 1414b, 8-11, p. 378.

¹⁶ *Vid.* ALBALADEJO, T., *Retórica*. Síntesis, Madrid 1989, pp. 27-28, y HERNÁNDEZ GUERRERO J.A. y GARCÍA TEJERA, M^o C., *Historia breve de la Retórica*. Síntesis, Madrid 1994, pp. 55-60.

¹⁷ CICERÓN, M.T., *La invención retórica*, introd., trad. y notas de Salvador Núñez. Gredos, Madrid 1997, I, p. 97.

¹⁸ *Ibidem*, I, p. 111.

Quintiliano (35-95). Fue un retórico y pedagogo hispanorromano, nacido en Calahorra, que tuvo el mérito de compilar el saber retórico griego y romano a través de una magna obra, *De institutione oratoria*, compuesta de doce volúmenes¹⁹. Pasó a ser una obra de referencia a partir del Renacimiento y en ella se incidía en la visión humanista y moralizante del orador ciceroniano como *vir bonus dicendi peritus*. De hecho, al inicio del Capítulo I, del Libro XII, el último, se proponía probar “con muchas razones que ninguno puede ser orador sin ser hombre de bien”²⁰.

Más modernamente cabe referirse a un resurgir de la dialéctica y de la retórica a través de la denominada teoría de la argumentación jurídica. Siguiendo a Manuel Atienza²¹, el interés por la argumentación jurídica permite distinguir distintos momentos de inflexión. Así, en un primer momento podrían citarse, indicativamente, las obras de autores de mediados del siglo pasado como Ulrich Klug (*Lógica jurídica*, 1951), George H. von Wright (*Lógica deóntica*, 1951), Theodor Viehweg (*Tópica y jurisprudencia*, 1953), Stephen Toulmin (*Los usos de la argumentación*, 1958) y así hasta llegar a la *Nueva Retórica* (1958) de Chaïm Perelman²². Más recientemente, corresponde citar, también a título indicativo, a un segundo conjunto de autores entre los que hay que incluir al precitado profesor Atienza (p. ej., *Las razones del Derecho*, 1991, y *El sentido del Derecho*, 2001) así como, entre otros, a Neil MacCormick (*Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978), Robert Alexy (*Teoría de la argumentación jurídica*, 1978), Aleksander Peczenik (*On Law and Reason*, 1989) y a Aulis Aarnio (*Lo racional como razonable*, 1987)²³.

¹⁹ Vid. QUINTILIANO, M.F., *Institutiones oratorias*, trad. de Ignacio Rodríguez y Pedro Sandier, 2 tomos. Librería de la Viuda de Hernando y Cia, Madrid 1887. Recuperado de <https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/institutiones-oratorias--0/html/>

²⁰ *Ibidem*, XII, 1, p. 287.

²¹ Cfr. ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona 2007 (2ª ed.), pp. 14-15.

²² Vid. KLUG U., *Lógica jurídica*, trad. de J.C. Gardella. Temis, Santafé de Bogotá 1998; VON WRIGHT, G., *Lógica deóntica*, versión del inglés de Jesús Rodríguez Marín. Universidad de Valencia (Departamento de Lógica), Valencia 1979; VIEHWEG, TH., *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Taurus, Madrid 1986; TOULMIN, ST., *Los usos de la argumentación*, trad. de María Morrás y Victoria Pineda; revisión de la trad. y presentación de J.J. Moreso. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo 2019, y PERELMAN, CH., y OLBRECHT-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de Julia Sevilla Muñoz. Gredos, Madrid 1989.

²³ Vid. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1991, y *El sentido del Derecho*. Ariel, Barcelona 2001; MACCORMICK, N., *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*, trad. de José Ángel Gascón Salvador. Palestra, Lima 2018; PECZENIK, A., *Derecho y Razón*, trad. de E. Garzón Valdés. Fontamara, México D.F. 2000; ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1989, y AARNIO, A., *Lo*

Las diferencias entre dialéctica y retórica pueden resumirse puntualizando que mientras la primera sería “el lugar natural de la discusión razonable en torno a cualquier cuestión abierta, sea retórica o práctica, de orden especializado [...] o de interés común o general”, la segunda, en cambio, sería “el lugar natural de los procesos de argumentación en los que desempeña un papel principal la comunicación personal dirigida a inducir ciertas creencias o disposiciones [...] o a provocar determinadas reacciones y actuaciones”²⁴; y, como conclusión, corresponde señalar, como aclara el autor seguido, que resulta inadecuada la reducción de toda la argumentación jurídica a un esquema dialéctico o retórico²⁵, extremo este que permitirá asociar, más adelante, la dialéctica al terreno de la convicción y la retórica al de la persuasión (*vid. infra* §§ IV y V, respectivamente).

III. MAPEANDO LA ABOGACÍA

Con carácter previo es oportuno remitirse a la etimología de *advocatus*, es decir, *ad auxilium vocatus* (“llamado para auxiliar”), que subraya la nota de parcialidad característica de los profesionales de la abogacía.

El mapa de la abogacía en nuestro país va a centrarse en su régimen jurídico y marco de actuación, primeramente; y, con posterioridad, en las funciones típicas del ejercicio profesional.

3.1. Régimen jurídico y marco de actuación

Régimen jurídico. Las líneas maestras de la regulación se recogen, principalmente, en la normativa que pasa a relacionarse en los siete apartados siguientes:

a) Art. 24.2 de la Constitución Española (CE) en cuanto al derecho de defensa (conviene no silenciar la existencia de un Anteproyecto, ya en fase de Proyecto, de Ley Orgánica del Derecho de Defensa que data de 2022).

b) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ): *vid.*, singularmente, L. VII, T. II (arts. 542-546).

racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica, trad. de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1991. Es de destacar, asimismo, que el auge de la argumentación jurídica ha hecho que en los últimos años se haya llegado a hablar de “neo retórica jurídica”; *vid.* RIBEIRO, G., “Neo retórica jurídica”, en *Revista de Derecho*, Segunda Época, Año 9, Nº 10 (diciembre 2014), pp. 181-196.

²⁴ ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, o.c., p. 250, que se remite, a su vez, a VEGA, L., *Si de argumentar se trata. Una introducción a la argumentación*. Montesinos, Barcelona 2003, pp. 30-31.

²⁵ Cfr. ATIENZA, M. *El Derecho como argumentación*, o.c., pp. 285-287.

c) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP): *vid.*, especialmente, el art. 199.2 CP sobre secreto profesional y L. II, T. XX, Cap. VII (De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional: arts. 463-467 CP).

d) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC): *vid.*, entre otros, arts. 31-33, 35, 247, 283 bis b), 291, etc.

e) Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr): *vid.*, p. ej., arts. 121, 241-242, 263, 520, etc.

f) Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE): consta de un total de once Títulos; a saber: I. Preliminar; I. Los Abogados y Abogadas; II. Ejercicio de la Abogacía; III. Formas de ejercicio profesional; IV: Relaciones entre profesionales de la Abogacía y clientes; V. Profesionales de la Abogacía y Administración de Justicia; VI. Relaciones entre profesionales de la Abogacía; VII. Deontología profesional; VIII. Formación y especialización de los profesionales de la Abogacía; IX. Organización colegial de la Abogacía; X. Régimen jurídico de los acuerdos sometidos al Derecho Administrativo y su impugnación y XI. Régimen de responsabilidad de los profesionales de la Abogacía y de las sociedades profesionales.

g) Código Deontológico de la Abogacía, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019: consta de un preámbulo, veintidós artículos -que comprenden los bloques siguientes: art. 1 (obligaciones deontológicas); arts. 2-8 (principios fundamentales); arts. 9-13 (relaciones); arts. 14-19 (parte económica); art. 20 (responsabilidad civil); art. 21 (TIC's) y art. 22 (Sociedades profesionales)-, una disposición derogatoria y una disposición final. Existe, asimismo, un Código de Deontología de los Abogados Europeos adoptado en la Sesión Plenaria del Consejo de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea (CCBE) de 28 de octubre de 1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998, 6 de diciembre de 2002 y 19 de mayo de 2006. Este Código incluye un Memorando explicativo actualizado en la Sesión Plenaria del CCBE de 19 de mayo de 2006; y todo ello sin perjuicio de la eventual existencia de Códigos Deontológicos a nivel autonómico.

Marco de actuación. Más allá de hacer alusión a la preconstitucional Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, bastará referirse, a título ilustrativo, a un cuádruple fenómeno que define el marco de actuación de la abogacía en España:

a) *Restricción de acceso*: Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales (BOE núm. 260, de 31 de octubre) y Real Decreto 64/2023, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de la Abogacía y la Procura (BOE núm. 34, de 9 de febrero).

b) *Laboralización*: Real Decreto 1331/2006, de 7 de noviembre, por el que se regula la relación de carácter especial de los abogados que prestan sus servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos (BOE núm. 276, de 18 de noviembre).

c) *Mercantilización*: Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (BOE núm. 65, de 16 de marzo).

d) *Liberalización*: el Informe sobre el sector de servicios profesionales y los Colegios Profesionales (Comisión Nacional de Competencia, 2008) y, principalmente, la “Ley Paraguas” (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE núm. 283, de 24 de noviembre) y la “Ley Ómnibus” (Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE núm. 308, de 23 de diciembre).

3.2. *Funciones*

El art. 55.1 EGAE *in fine*, enmarcado en el “deber general de cooperación”, cita, expresamente, tres funciones: “asesorando, conciliando y defendiendo en Derecho los intereses que le sean confiados”.

Estas tres funciones prototípicas de la abogacía están íntimamente relacionadas con la actividad de argumentación, ya sea dialéctica, ya sea retórica; sin perjuicio, claro está, de los razonamientos enclavados en la lógica en sentido estricto. Con todo, no se puede dejar de reconocer que es en el ámbito forense (“defendiendo en Derecho”) donde el quehacer dialéctico-retórico de los profesionales de la abogacía adquiere su mayor esplendor.

* * *

Llegados a este punto es momento de pasar de la anterior tarea empeñada en el mapeo de la representación, de la retórica y la abogacía, al territorio de la realidad proyectada por partida doble. Más concretamente, entran en acción sendos espacios en los que, con el innegable protagonismo de los profesionales

de la abogacía como impulsores de la argumentación, se va a ver proyectado el debate dialéctico y el recurso retórico que ponen el pie en el terreno de la convicción y la persuasión, respectivamente.

IV. EL TERRENO DE LA CONVICCIÓN

Este primer recorrido tiene como punto de partida la interpretación y como desenlace el arbitrio judicial. Una selección de textos legales complementados con la doctrina del autor que se dirá va a servir para dar cuenta de las dificultades que entraña la búsqueda de la convicción como objeto del razonamiento dialéctico.

4.1. *Proyección de la interpretación*

Se propone conectar la dialéctica con la interpretación, a nivel sustantivo (art. 3.1 del Código Civil -Cc-; debiendo incidir en el carácter supletorio del antedicho texto legal *ex art. 4.3 Cc*), y con la apreciación de las pruebas en la jurisdicción civil (debiendo resaltar, igualmente, el carácter supletorio de la Ley Procesal Civil *ex art. 4 LEC*), a nivel adjetivo (art. 218 LEC).

El art. 3.1 Cc, suguiendo la estela de los métodos de interpretación fijados por Savigny²⁶, enuncia los cánones de la interpretación normativa (gramatical; lógico-sistemático; histórico; sociológico y teleológico); a saber:

“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

El art. 218.2 LEC, por su parte, precisa, a propósito de la motivación (art. 120 CE), qué pautas han de seguirse en materia de apreciación-valoración probatoria; a saber:

“Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”.

²⁶ *Vid.* SAVIGNY, F.K.v., *Metodología jurídica*, trad. de J.J. Santa-Pinter. Depalma, Buenos Aires 1994.

No obstante lo anterior y, desde luego, más allá de la expresa mención a las “reglas de la lógica y de la razón”, deviene obligado traer a colación las “reglas de la sana crítica” que aparecen once veces mencionadas en la LEC (una vez en la Exposición de Motivos y otras tantas en los arts. 295, 316, 326, 334, 348, 350, 376, 382, 384 y 639). La “sana crítica”, más allá, como queda dicho, de las “reglas de la lógica y la razón”, es la que introduce, propiamente, la *lógica de lo razonable* a través de los razonamientos dialécticos.

4.2. *El arbitrio judicial*

La obra homónima del profesor Alejandro Nieto²⁷ critica la confusión y tilda de “terreno movedizo y peligroso” todo cuanto tiene que ver con esos conceptos, “vagos y ambiguos”, tales como *racionalidad, razonabilidad y arbitrariedad*²⁸. La pugna entre “lo irrazonable” (*fiat lex, pereat vita*) y “lo razonable” (*fiat vita, pereat lex*)²⁹ se resuelve a través de la tesis central a que se atiene el autor para quien “la decisión judicial se apoya en -o quizás mejor, se mueve sobre- los dos ejes de la legalidad y del arbitrio: aquella muy bien estudiada y este casi desconocido (en la cultura jurídica europea, ya que no en la anglosajona)”³⁰.

Romper una lanza a favor de la potestad judicial de arbitrio constituye, en fin, una -propuesta de- conclusión con tal de que el arbitrio no se pervierta y acabe convertido en la arbitrariedad cuya interdicción proclama el art. 9.3 CE.

V. EL TERRENO DE LA PERSUASIÓN

En este segundo recorrido el punto de partida viene representado por la idea de ponderación y el desenlace viene de la mano de la equidad judicial. Como en el apartado anterior, una selección de textos legales se verá complementada con la doctrina de los autores que se dirán con miras a ilustrar, de nuevo, las dificultades que anidan en la ansiada persuasión como objeto de la retórica.

²⁷ Vid. NIETO, A., *El arbitrio judicial*. Ariel, Barcelona 2000.

²⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 322 y 393. La confusión queda magistralmente retratada por vía de remisión a un pasaje cervantino (p. 327), según el cual, “La razón de la sinrazón que a mi razón se hace, de tal manera mi razón enflaquece, que con razón me quejo...”. CERVANTES, M., *Don Quijote de la Mancha*, edición, introd. y notas de Martín de Riquer. RBA, Barcelona 1994, I, Cap. 1, p. 100.

²⁹ NIETO, A., *El arbitrio judicial*, o.c., p. 352.

³⁰ *Ibidem*, p. 369.

5.1. *Proyección de la ponderación*

Se propone conectar la retórica con la ponderación y, más exactamente, con la equidad, a nivel sustantivo (art. 3.2 Cc), y con la apreciación de las pruebas en la jurisdicción penal, a nivel adjetivo (art. 741 LECr).

Antes de poner en relación cuanto precede convendrá introducir la noción de ponderación (*Balancing*). A tal fin, puede ser muy revelador subrayar la conexión de la ponderación con la equidad³¹ así como con el denominado “sentido común jurídico”³². Como mera aproximación bastará señalar que el constitucionalismo moderno presenta “la ponderación como un método racional de aplicación del derecho que permite justificar una “relación de procedencia condicionada” entre principios constitucionales en conflicto”³³. El método estructural de la ponderación -o de la proporcionalidad- sigue tres fases que, sucesivamente, se refieren a: 1) examen de idoneidad (o juicio de adecuación); 2) examen de necesidad (o juicio de indispensabilidad) y 3) proporcionalidad en sentido estricto o ponderación³⁴.

Una vez hecha la aclaración precedente, corresponde desplegar, primeramente, lo que puede dar de sí la selección de preceptos legales anticipada.

El art. 3.2 Cc se circunscribe a la aplicación normativa y establece cuáles son los límites de la equidad como mecanismo de la actividad ponderativa; a saber:

“La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

Por otra parte, resulta de interés transcribir el primer párrafo del art. 741 LECr para apreciar qué singularidades presenta la apreciación probatoria en la jurisdicción penal; a saber:

“El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo

³¹ Vid. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ, J., “Ponderación y equidad: Alexy, Recaséns y la búsqueda de lo razonable en la argumentación jurídica”, en *Revista Derecho del Estado* (Universidad Externado de Colombia), núm. 43 (2019) 107-130.

³² Vid. ATIENZA, M., “Ponderación y sentido común jurídico”, en *La Mirada de Peitho*, 10 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2014/11/ponderacion-y-sentido-comun-juridico.html>.

³³ CHANO REGAÑA, L., “Ponderación (Tribunal Constitucional)”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 23 (octubre 2022-marzo 2023) 242.

³⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 245-246.

manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley”.

Es oportuno añadir que la apreciación de las pruebas “en conciencia” aparece recogida en otros preceptos de la Ley Procesal Penal (arts. 282 bis y 973 LECr). Así las cosas, la controvertida noción de conciencia, habida cuenta su polisemia (*conciencia cognoscitiva*: “tomar conciencia de algo”; *conciencia psicológica*: “consciencia” o *conciencia moral*: “juicio o dictamen del entendimiento que calificada la maldad de una conducta”³⁵), es la que permite dar entrada, nuevamente, a la *lógica de lo razonable*; si bien esta vez desde el quicio de la persuasión que desemboca, esta es la propuesta, en la equidad judicial.

5.2. La equidad judicial

En una obra homónima³⁶ sus autores abordan, separadamente, el alcance de un concepto jurídico indeterminado como es la equidad. Sendas proyecciones resultan, sin embargo, complementarias: y es que mientras el profesor Nieto concibe la equidad como un principio general del Derecho, la magistrada Rosa Esperanza Sánchez Ruiz-Tello centra su propuesta en la equidad como una forma de juzgar.

Los dos párrafos que siguen permiten apreciar un contraste inicial que apunta, decididamente, a una suerte de convergencia acerca de la virtualidad práctica de la equidad.

El profesor Nieto, con visos de resumir su posición, hace ver que:

“...llegamos a la tesis central del presente trabajo, que consiste sencillamente en la calificación de la Equidad como un principio general del Derecho. Esta afirmación no supone novedad alguna en la dogmática jurídica, aunque no siempre haya sido tenida debidamente en cuenta; pero permite reconstruir, desde una perspectiva distinta, el sistema de validez de los actos jurídicos. Este debe montarse no solo sobre el principio de Legalidad, como es lo habitual hasta ahora, sino sobre dos principios: el de la Legalidad y el de la Equidad”³⁷.

³⁵ Cfr. GÓMEZ PÉREZ, R., *Deontología jurídica*. EUNSA, Pamplona 1999, p. 42. Para abundar en la misteriosa noción de conciencia contamos con un texto reciente particularmente elocuente: vid. MILLÁS, J.J. y ARSUAGA, J.L., *La conciencia contada por un sapiens a un neandertal*. Alfaguara, Tres Cantos (Madrid) 2024.

³⁶ Vid. NIETO, A. y SÁNCHEZ RUIZ-TELLO, R.E., *La equidad judicial*. Colex, A Coruña 2022.

³⁷ *Ibidem*, p. 53.

La magistrada Sánchez Ruiz-Tello, siguiendo otros derroteros, no se distancia, en verdad, de la cobertura reconocida a la equidad por el precitado coautor al sostener que:

“En suma, el método del juicio de Equidad supone entender que la decisión del juez que se expresa en sentencia parte de aplicar la ley, pero, viendo el juez que el resultado de aplicarla en el caso concreto, dadas las circunstancias del interesado, es absurdo e injusto, activa recursos intelectuales diferentes al mero silogismo judicial que le llevaría directamente al fallo. En primer lugar, detecta huecos o márgenes de flexibilidad de la ley; luego, examina el contexto y finalidad de la norma, y, a través de los huecos, decide en Equidad no aplicar la ley tal como lo ha hecho la Administración”³⁸.

* * *

A modo de recapitulación, valdría decir, se ha reparado en dos flancos de la *lógica de lo razonable*: se ha descendido, en primer lugar, al terreno de la dialéctica de la convicción y, después, al de la retórica de la persuasión. Mientras el flanco dialéctico persigue la convicción a partir de la interpretación y desemboca en el arbitrio judicial; el otro, el retórico, se afana en lograr la persuasión a partir de la ponderación y llega hasta la equidad judicial.

VI. ENTRE DOS MARES Y SIN DEJAR DE DUDAR

Sin dejar de tener *in mente* a los profesionales de la abogacía y, por qué no, también a la judicatura como destinataria de las pretensiones que se ejercitan en el ámbito forense, se concluye con otra metáfora que esta vez remite al mar. Al mar en plural. Así es cómo se ha ido abriendo paso la impresión de que tanto el terreno de la convicción como el de la persuasión no son sino arenas movedizas que, finalmente, como todos los ríos, se vacían en el mar.

Y ese vaciado, hay que destacarlo, tiene lugar en un mar de dudas. Tan es así que la inmensidad del mar propicia contemporizar con la duda, con el “arte de la duda” al que se refería Gianrico Carofiglio, citado en los primeros compases de la exposición.

Dudar a la hora de hacer y hacerse preguntas, en definitiva, aprender a dudar, constituye un ejercicio de tolerancia que rehúye del dogmatismo y se compadece con la idea de “verdad procesal”. Una lección impagable para quienes

³⁸ *Ibid.*, pp. 174-175.

ejercen en el ámbito forense que concluye con una cita de Norberto Bobbio -tan convincente como persuasiva- que hace las veces de colofón:

“La teoría de la argumentación rechaza las antítesis excesivamente tajantes: muestra que, entre la verdad absoluta de los dogmáticos y la renuncia a la verdad de los escépticos, hay lugar para las verdades susceptibles de ser sometidas a permanente revisión merced a la técnica consistente en aportar razones a favor y en contra. Sabe que, en cuanto los hombres dejan de creer en las buenas razones, empieza la violencia”³⁹.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1991.
- ALBALADEJO, T., *Retórica*, Síntesis, Madrid 1989.
- ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1989.
- ARISTÓTELES, *Retórica*, introd., trad. y notas de Quintín Racionero. Gredos, Madrid 1999.
- ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona 2007.
- ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1991.
- ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*. Ariel, Barcelona 2001.
- ATIENZA, M., “Ponderación y sentido común jurídico”, en *La Mirada de Peitho*, 10 de noviembre de 2014. Recuperado de: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2014/11/ponderacion-y-sentido-comun-juridico.html>.
- CAROFIGLIO, G., *El arte de la duda*, prólogo de Manuel Atienza y trad. de Luisa Juanatey. Marcial Pons, Madrid 2007.

³⁹ Las palabras transcritas de Norberto Bobbio están tomadas de la cita que hace las veces de cierre de la obra de CAROFIGLIO, G., *El arte de la duda*, o.c., p. 188.

- CASIODORO, F.M.A., *Institutiones Saecularum Litterari. Las siete artes liberales*, trad. de Mari Cruz Ramos Torres. La Hoja del Monte, Valdemorillo (Madrid) 2009.
- CERVANTES, M., *Don Quijote de la Mancha*, edición, introd. y notas de Martín de Riquer. RBA, Barcelona 1994.
- CICERÓN, M.T., *La invención retórica*, introd., trad. y notas de Salvador Núñez, Gredos, Madrid 1997.
- CHANO REGAÑA, L., “Ponderación (Tribunal Constitucional)”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 23, octubre 2022-marzo 2023, pp. 241-253.
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ, J., “Ponderación y equidad: Alexy, Recaséns y la búsqueda de lo razonable en la argumentación jurídica”, en *Revista Derecho del Estado* (Universidad Externado de Colombia), núm. 43 (2019) 107-130.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Ariel, Barcelona 1973.
- DOMINGO, R., “Entre el *chronos* y el *kairos*”, en *Nuestro Tiempo. Revista Cultural y de Cuestiones Actuales*, núm. 679 (abril-junio 2013).
- GÓMEZ PÉREZ, R., *Deontología jurídica*. EUNSA, Pamplona 1999.
- HERNÁNDEZ GUERRERO J.A., y GARCÍA TEJERA, M^a C., *Historia breve de la Retórica*. Síntesis, Madrid 1994.
- HOMERO, *Iliada*, introducción, trad. y notas de E. Crespo, índice onomástico de M. Cuesta y revisión de Carlos García Gual. Biblioteca Gredos, Madrid 1982.
- HOUELLEBECQ, M., *El mapa y el territorio*, trad. de Jaime Zulaika. Anagrama, Barcelona 2011.
- KLUG U., *Lógica jurídica*, trad. de J.C. Gardella. Temis, Santafé de Bogotá 1998.
- KORZYBSKI, A. “A Non-Aristotelian System and its Necessity for Rigour in Mathematics and Physics”, 1931. Recuperado de <http://esgs.free.fr/uk/art/sands-sup3.pdf>.

- MacCORMICK, N., *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*, trad. de José Ángel Gascón Salvador. Palestra, Lima 2018.
- MILLÁS, J.J., y ARSUAGA, J.L., *La conciencia contada por un sapiens a un neandertal*. Alfaguara, Tres Cantos (Madrid) 2024.
- NIETO, A., *El arbitrio judicial*. Ariel, Barcelona 2000.
- NIETO, A., y SÁNCHEZ RUIZ-TELLO, R.E., *La equidad judicial*. Colex, A Coruña 2022.
- NIETZSCHE, F. *Fragments póstumos (1885-1889)*, volumen IV, ed. española dirigida por Diego Sánchez Meca, trad. de Juan Luis Vermal y Juan. B. Llinares. Tecnos, Madrid 2006.
- PECZENIK, A., *Derecho y Razón*, trad. de E. Garzón Valdés. Fontamara, México D.F. 2000.
- PERELMAN, CH. y OLBRECHT-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de Julia Sevilla Muñoz. Gredos, Madrid 1989.
- QUINTILIANO, M.F., *Instituciones oratorias*, trad. de Ignacio Rodríguez y Pedro Sandier, 2 tomos. Librería de la Viuda de Hernando y Cia, Madrid 1887. Recuperado de: <https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/>.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE), *Diccionario de la lengua española*. Edición del Tricentenario (actualización 2023).
- RIBEIRO, G., “Neo retórica jurídica”, en *Revista de Derecho*, Segunda Época, Año 9, N° 10 (diciembre 2014), pp. 181-196.
- SAVIGNY, F. K. v., *Metodología jurídica*, trad. de J.J. Santa-Pinter. Depalma, Buenos Aires 1994.
- TOULMIN, ST., *Los usos de la argumentación*, trad. de María Morrás y Victoria Pineda; revisión de la trad. y presentación de J.J. Moreso. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo 2019.
- VEGA, L., *Si de argumentar se trata. Una introducción a la argumentación*. Montesinos, Barcelona 2003.

- VIEHWEG, TH., *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Luis Díez-y Picazo Ponce de León. Taurus, Madrid 1986.
- VON WRIGHT, G., *Lógica deóntica*, versión del inglés de Jesús Rodríguez Marín. Universidad de Valencia (Departamento de Lógica), Valencia 1979.