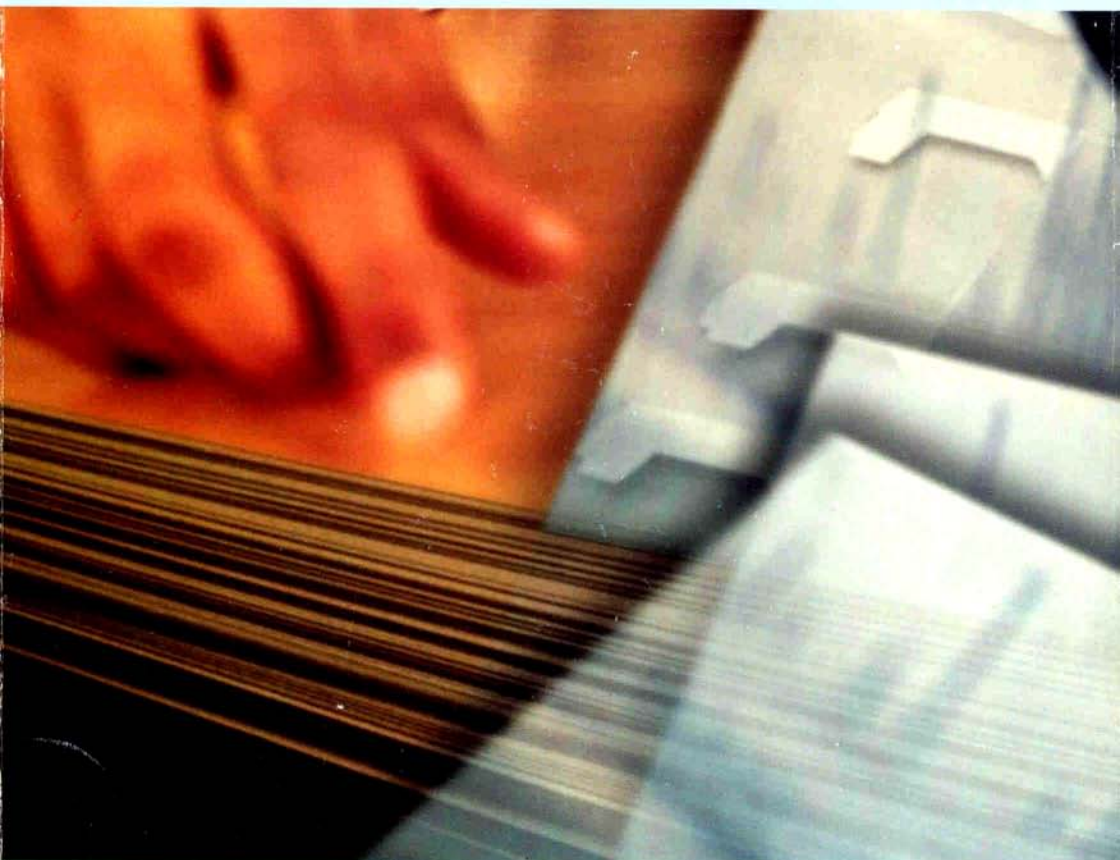


LA ARGUMENTACIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS

Francisco Puy Muñoz - Jorge Portela



Editorial de la Universidad Católica Argentina

CAPÍTULO 7

LA EXPERIENCIA JURÍDICA DEL ABOGADO DEFENSOR EN EL JUICIO PENAL

María Clara Calheiros

ABSTRACT

El abogado es el persuasor por excelencia, por eso se reputa de importancia la retórica para el ejercicio de su profesión. Este estudio tiene por base un muestreo de una media docena de discursos de defensa penal, en los que se verifica la existencia de un esquema común: 1. La invocación de los motivos de discordancia con la sentencia recurrida. 2. El elenco de los argumentos racionales y emocionales que favorecen la pretensión del acusado. 3. Conclusiones. 4. Última petición de justicia. En general, se verifica la utilización de una multiplicidad de argumentos. El más frecuente es el de autoridad, como es lógico dada la adhesión generalizada al paradigma del positivismo normativista. La mayoría de los abogados penalistas tiene buen concepto de su profesión, y así no reflejan la imagen vigente en la sociedad, no siempre tan favorable, la cual resulta hasta cierto punto de la incomprensión de la función propia del abogado.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Características propias de las piezas procesales. 3. Análisis de la muestra de piezas procesales de defensa en el proceso penal. 4. Valoraciones. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

La labor del abogado es una de las más importantes y polémicas en el mundo jurídico. Desde siempre esta borrosa figura ha suscitado los más encontrados sentimientos, desde el odio hasta el aplauso. En no pocas ocasiones el arte del Derecho practicado por el abogado ha sido entendido más bien como una manipulación sin escrúpulos de la verdad de los hechos, la insidia, el engaño, y la justificación maquiavélica de los medios por los fines. Si hoy mismo hacemos una búsqueda en Internet no nos será difícil encontrar una multiplicidad de historias y chistes sobre abogados, que casi llegan a constituir una subespecie de humor.¹ También es cierto que frecuentemente prodigó la literatura, y hoy en día la cinematografía, imágenes de abogados heroicos, verdaderos quijotes del Derecho, que han buscado restablecer la justicia y la verdad pasando duras penalidades.

En realidad, son distintas las maneras en que el conjunto de los abogados portugueses ve la profesión, la ley y el derecho. Si echamos una ojeada a las principales disposiciones deontológicas de aplicación en Portugal, o sea, al *Estatuto da Orden dos advogados*,² y el más reciente *Código deontológico dos advogados da União Europeia*,³ la imagen de la profesión del abogado no aparece en ab-

¹ Vid. A propósito la graciosa recopilación hecha por FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Faces da Justiça*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 40 y ss.

² Decreto ley, nº 84/84 de 16 de marzo, modificado por la Ley 6/86 de 23 de marzo, y los Decretos leyes 119/86 de 28 de mayo y 325/88 de 23 de septiembre, y también las Leyes 33/94 de 6 de septiembre, 30-E/2000 de 20 de diciembre, y 80/2001 de 20 de julio.

soluta dependiendo de la defensa a cualquier precio del punto de vista del cliente, sino más bien como un agente independiente al servicio del Derecho y de la Justicia. El Art. 76 del Estatuto es particularmente exigente en este aspecto, preceptuando en su número 1 que el abogado ha de actuar siempre siendo consciente de que es un servidor de la Justicia y del Derecho, tanto cuando actúa en el ejercicio de la profesión como cuando no.

En nuestra opinión todo esto revela bastante incompreensión del papel del abogado, incompreensión que hunde sus raíces en las relaciones intrínsecas que existen entre dicha función y la argumentación jurídica o la retórica jurídica. Esta circunstancia hace más acuciante la necesidad de estudiar la actual experiencia jurídica de los abogados desde el punto de vista de la utilización de la retórica. El presente estudio se dirige por tanto a analizar los discursos producidos por los abogados en el ejercicio de su profesión siguiendo el planteamiento común a todos los trabajos que integran esta investigación colectiva sobre argumentación jurídica.

En primer lugar hay que dejar claro qué es lo que entiende la autora por argumentación jurídica. Son muchas las definiciones que ofrece la literatura científica sobre el tema. Entre todas elegimos la de nuestro maestro el profesor Puy Muñoz, que es clara, concisa y por ello muy manejable. Dice así:

una argumentación jurídica es un discurso por el que un jurista que ve claramente que una cosa es el derecho de una persona, ilumina esa realidad a otra u otras personas que no la ven en absoluto, o no la ven de una forma clara y precisa, y las convence de que actúen respetándolo.⁴

Es cierto, desde nuestro punto de vista, que los distintos agentes del mundo jurídico utilizan en sus discursos, en mayor o menor grado, la argumentación jurídica. Lo hace el legislador en los preámbu-

³ Se trata de un Código originalmente aprobado por la Asociación Europea de abogados el 28 de octubre de 1988, recientemente modificado en sesión plenaria de 6 de diciembre de 2002. En esta normativa, originalmente redactada en inglés y francés, se pone especial énfasis en la independencia del abogado. Ver el punto 2.2 de los Principios Generales.

⁴ PUY MUÑOZ, Francisco, "La expresión 'argumentación jurídica' y sinónimos. Un análisis tópico", en *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 93.

los de las leyes, justificando su acción legislativa. Tenemos constancia de ello en la fundamentación de los fallos de los jueces, donde explican las razones de sus decisiones. También debe ser fundamentado todo acto administrativo. Siempre está presente, por otra parte, en cualquier doctrina jurídica, etcétera. Ahí encontramos, entonces, algo común a todas las profesiones jurídicas, que está también presente en el desarrollo de la propia profesión de abogado. Sin embargo, la utilización de la argumentación, que representa un lazo de unión entre todos los distintos profesionales, es a la vez el trazo que más distingue la labor del abogado. Para todos, el abogado es el persuasor por excelencia. Lo que todos buscamos, cuando acudimos al despacho de un abogado, es que persuada a otros de nuestra verdad, de lo que para nosotros es la verdad. Por esa razón, por exigencia profesional, el abogado es necesariamente parcial. No le compete juzgar a su cliente, sino defender su posición en juicio, actuando en su nombre.

Dicho esto, vamos a proceder a analizar la utilización de la argumentación jurídica por el abogado, tomando como base un muestreo de discursos suyos y adoptando para el mismo los siguientes cánones analíticos y científicos, compartidos con otros textos de esta misma obra:

1. ¿Existe un esquema común en los textos de defensa?
- 2) ¿Hay algunas expresiones más empleadas?
- 2) ¿Cuáles son las proposiciones descriptivas y los principios normativos más invocados?
- 3) ¿Qué géneros de argumentos son más utilizados?
- 4) ¿Hay alguna teoría o sistema jurídico mayormente seguido?
- 5) ¿Se puede inferir alguna especial visión del Derecho en el discurso?
- 6) ¿Se puede inferir alguna especial visión de la Justicia en el discurso?
- 7) ¿Se puede inferir alguna especial visión de la Ley en el discurso?
- 8) ¿Qué valoración de su oficio cabe inferir del discurso de los abogados que pleitean por la defensa criminal de sus clientes?
- 9) ¿Cabe inferir del discurso de los abogados si defienden como grupo un modo especial de regular la experiencia jurídica?

La necesidad de obtener conclusiones válidas nos ha movido a restringir el objeto de estudio, concretándolo en el análisis de la argumentación que emplea el abogado cuando defiende pleitos criminales. Tres razones nos han movido a ello.

Primera. Nos parece que éste es el papel más polémico e incomprendido del ámbito de la abogacía, y el que más veces se representa en la ficción literaria o cinematográfica. Su análisis representa por tanto un reto especialmente atractivo, sobre todo teniendo en cuenta la ya mencionada tesis, que relaciona la imagen pública del abogado con la utilización que hace de la argumentación jurídica.

Segunda. En el proceso penal se persigue la verdad material. El papel de la acusación a cargo del Estado no es buscar la condena a cualquier precio, sino participar en el proceso de descubrimiento de la verdad. Ambas cosas destacan aún más el papel de persuasor que toca actuar al abogado de la defensa. La fiscalía persuade y se deja persuadir. El abogado es quien sólo debe persuadir.

La tercera y última razón tiene que ver directamente con la importancia de la argumentación en el desarrollo del papel del abogado defensor en el proceso criminal. Dicho papel es mucho menos formalista que en el proceso civil. Teniendo en cuenta la gravedad y aun el estigma social que conlleva ser acusado en este tipo de proceso, el abogado debe utilizar multitud de argumentos, de diversos órdenes, para persuadir de la inocencia de su cliente. Citaré por clarividente a este respecto una opinión de Ferreira da Cunha:

las defensas penales, más las defensas que las acusaciones, tradicionalmente, clásicamente, son el lugar predilecto del ejercicio oratorio, persuasivo, del discurso que trata de convencer, y que para eso se orna de ademanes de belleza, de flechas de sentimiento y de argumentos de razón. Las causas penales son consideradas comúnmente como las grandes causas jurídicas. También hay retórica en eso, pero no es sólo retórica, es un hecho.⁵

⁵ FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Memoria, Método e Direito*, Coímbra, Almedina, 2004, p. 130.

Hay diferencias importantes en las estrategias⁶ que deben ser seguidas en sus discursos por los abogados, dependiendo de que les corresponda hacer la defensa o la acusación de algo. De este mismo hecho, con el que estoy enteramente de acuerdo, se ha dado cuenta la doctrina en materia de Teoría de la Argumentación Jurídica. De Perelman retenemos la idea de que a la parte que acusa cabe enfatizar los hechos *sub iudice*, mientras que la parte que defiende intentará insistir en lo que los pueda disculpar o justificar.⁷

Partimos del supuesto de que el discurso de defensa ha de tener por su propia naturaleza y objetivos un esquema argumentativo específico. Lo que vamos a intentar averiguar en este estudio es cuál pueda ser éste en la experiencia jurídica de los abogados portugueses.

2. Características propias de las piezas procesales

Al revés de lo que pasa con los discursos de otros agentes del mundo jurídico, la intervención de los abogados en los juicios, sea escrita, sea oral, está reglamentada por la ley tanto en el nivel formal como sustantivo. Esto tiene consecuencias importantes, no sólo en el esquema argumentativo que utilizan estos profesionales sino también en cuanto produce una mayor uniformidad de sus discursos. Es cierto que esta uniformidad siempre acaba produciéndose de alguna manera en todas las profesiones jurídicas en mayor o menor grado, ya que todos terminamos haciendo muchas veces cosas que se parecen al menos en el aspecto formal. Pero en este caso la uniformidad es una consecuencia buscada, para facilitar el análisis que debe llevar a cabo el juez. La uniformidad justifica también el éxito editorial de las muchas publicaciones que ofrecen “modelos” de las distintas piezas procesales. También estos libros,⁸ aun-

⁶ Efectivamente, la utilización de estrategias en retórica es muy importante. A este respecto dicen Armando PLEBE y Pietro ENMANUELE lo siguiente: “pero la retórica no puede dejar de ver en el empleo de estrategias mentales uno de los instrumentos más adecuados para su raciocinio, precisamente porque es argumentativo, que no lógico. De hecho, para la argumentación es más importante conseguir hacer plausible la tesis que defiende que llevar adelante una deducción lógicamente irreprochable; a la deducción lógica le ocurre lo contrario”. *Manual de Retórica*, traducción de Eduardo Brandão, San Pablo, Martins Fontes, 1992, p. 130.

⁷ PERELMAN, Chaïm, *O imperio retórico*, traducción de Fernando Trindade y Rui Alexandre Grácio, Porto, ASA, 1993, p. 160.

⁸ Ver por todos NETO, Manuela, *Dos recursos*, Porto, Almeida & Leitão, Lda, 1996. Los modelos de recursos que ahí figuran corresponden al siguiente esquema: 1. Exposición de las razones de discordancia con la decisión recurrida. 2. Presentación de conclusiones. 3. Petición de justicia.

que quizá de una manera más bien empírica e implícita, hacen un análisis del esquema argumentativo que resulta ser más eficaz o más generalizado entre los abogados para lograr determinados objetivos.

Teniendo en cuenta que cada género de pieza procesal debe someterse a diferentes reglas de derecho procesal, hemos elegido para nuestro estudio los discursos de las alegaciones escritas de apelación ante un tribunal superior. Esto, porque ahí las restricciones de carácter formal, si bien existen, tienen menos relevancia. Otra opción habría sido la de analizar las alegaciones orales producidas en audiencia: pero de la mayoría de éstas no quedan registros. Además la tendencia actual, que viene desde hace siglos, es que en el proceso judicial los actos procesales se practiquen casi todos por escrito reduciendo la oralidad a una mínima expresión.⁹ En muchos procesos judiciales los abogados portugueses apenas hacen alegaciones orales en audiencia, y esto no sólo en los juicios civiles sino en los penales.

Dicho esto, importa empezar por explicar los requisitos legales que se aplican a este tipo de discursos. Todo acto procesal debe cumplir en efecto ciertas exigencias de hecho o de derecho que son determinantes para su existencia y admisibilidad. Asimismo la validez de su producción depende de la observancia de requisitos de forma que respeten la manifestación del acto. En el caso de Portugal durante el siglo XX el marco procesal está determinado por el Código de Procedimiento Penal de 1929, y por el nuevo Código de Procedimiento Penal de 1987. En ambos casos se mantuvo el principio de subsidiariedad de las reglas del proceso civil. Aunque hay diferencias entre un código¹⁰ y otro,

⁹ La degradación de la oralidad jurídica es un hecho sobre todo a partir del siglo XIX como bien recuerda el Prof. Bonaventura Sousa Santos, "O discurso e o poder", Separata del número especial del *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim TEIXEIRA RIVEIRO, Coimbra, Universidade, 1980, pp. 108 y ss. Este profesor señala como momentos más significativos de este proceso el movimiento de Codificación, la emergencia de la ciencia jurídica, la aplicación de principios y criterios burocráticos a la administración pública, la tendencia a la profesionalización de la producción jurídica, y por fin la enseñanza del derecho sobre la base del dominio técnico de los Códigos.

¹⁰ El Código de Procedimiento Penal de 1829 corresponde al período dictatorial del "Estado Novo", mientras que el Código de Procedimiento Penal de 1987 representa el nuevo Proceso Penal del Portugal democrático surgido de la Revolución de 25 de abril de 1974. Cfr. José Narciso CUNHA RODRIGUES, "Recursos", en *O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 385. Sobre las reglas de recurso en el Código de Procedimiento Penal de 1929, ver, OSÓRIO, Luis, *Comentário ao Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1934, vol. VI, en particular el comentario al Artículo 649.

en materia de recursos y en muchas otras cuestiones, ya que representan distintas visiones del Derecho y de la Justicia, en uno y otro caso los actos de recurso deberán practicarse por escrito, contener fundamentación y terminar con conclusiones.¹¹

Otro factor determinante para la elección de los argumentos a utilizar por el abogado es el destinatario. En Portugal no existe la figura del jurado. De hecho, la regla es que sea un juez el que aprecie los hechos y el derecho aplicable, máxime en materia de recurso. La cuestión del auditorio es muy importante, como ya puso en su día de relieve la teoría de la argumentación. Con frecuencia el auditorio no está necesariamente en los destinatarios más obvios, sino en otros más ocultos cuya adhesión se pretende. "Parece preferible definir el auditorio", dice Perelman, "desde el punto de vista retórico, como el conjunto de personas en quienes el orador quiere influir con su argumentación".¹² Ahora bien, esto también suele pasar en los procesos judiciales. Aunque el destinatario evidente del discurso sea el juez, a veces también se habla para que escuchen el cliente o la opinión pública. Por otra parte, aunque la lógica del juez sea distinta de la de las partes contrincantes por su propia naturaleza, éstas no dejan de participar de aquélla, ya que deben ofrecer al juez elementos aptos para sostener una sentencia que mantenga el sentido pretendido. Junto a estos argumentos racionales emergen además otros, más bien ajenos a la razón, y se invocan sentimientos, la buena fe, la ingenuidad, la piedad, etcétera.¹³ Acerca de esto dice Meyer,¹⁴ apoyándose en la retórica aristotélica, que para convencer al auditorio hay que seducirlo, por lo cual aun los argumentos fundados en la razón deben apelar a las pasiones del auditorio para obtener su adhesión.

Por último conviene hacer una breve referencia a una tradición usualmente seguida entre los abogados portugueses, que es la de terminar sus alegaciones, sean orales o escritas, pidiendo que se haga justicia.

¹¹ En el caso de la Ley Procesal de 1887 se va más lejos, imponiendo a la parte que presenta el recurso el *onus* de indicar las normas jurídicas violadas o mal interpretadas.

¹² PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TRYTECA, L., *Tratado de la argumentación*, traducción de Julia SEVILLA MUÑOZ, Madrid, Editorial Gredos, 1898, p. 55.

¹³ Ver BERGEL, Jean-Louis, *Méthodologie Juridique*, París, PUF, 2001, p. 364.

¹⁴ MEYER, Michel, "As bases da retórica", en *Retórica e comunicação*, Porto, ASA, 1994, p. 43.

En resumen, el modelo de alegaciones de recurso tiene los siguientes elementos: empieza con la invocación de los motivos de discordancia por la sentencia recurrida, elenca los argumentos racionales y emocionales que favorecen la pretensión del acusado, y termina con las conclusiones y una última petición de justicia.

3. Análisis de la muestra de piezas procesales de defensa en el proceso penal

Empiezo por explicar al lector las razones de la elección de la muestra. La mayor parte de los textos producidos por abogados y que integran los procesos judiciales son de difícil acceso, pues éste depende de la consulta de archivos de documentación pública, y en el caso portugués se han divulgado muy poco, y casi siempre por iniciativa de sus autores. Los periódicos y las editoras han sido siempre más pródigos en publicar las decisiones de los tribunales que las piezas procesales producidas por las partes, lo que realmente se comprende, pero es una pena...

Por otra parte no debemos olvidar que solamente en los años 90 del siglo XX se generalizó el uso de ordenadores, siendo frecuente hasta entonces la redacción manuscrita o mecanográfica de piezas procesales, lo que dificulta la tarea de su divulgación, por ejemplo, a la hora de hacer una base de datos. Queriendo ofrecer a nuestros lectores una cierta facilidad para contrastar nuestro análisis y las correspondientes conclusiones, decidimos elegir únicamente en nuestro muestreo textos de defensa que hayan sido publicados en monografías o en la prensa periódica. Por consiguiente acortamos la muestra a la segunda mitad del siglo XX para evitar generalizaciones excesivas de las conclusiones, y para permitir que, pese a la prodigalidad del legislador portugués a la hora de crear nuevas normas penales y procesales, todos los discursos se desarrollaran en un mismo marco legislativo. En este caso se trata del marco planteado por el Código de Proceso Penal Portugués de 1929, al que ya se ha hecho referencia.

Finalmente, hemos de decir que elegimos textos de la autoría de abogados que han obtenido notoriedad en el ejercicio de su profesión, y pleitos que han repercutido en la comunidad jurídica de su época. Aun así tememos que los resultados no puedan ser demasiado generalizables...

La media docena de discursos de defensa analizados corresponde a los años 1959, 1960, 1967, 1971 (dos) y 1988. Se exponen a continuación por este mismo orden cronológico.

Primer discurso de defensa. 1959: Manuel João da Palma Carlos. Texto de recurso en proceso penal presentado ante el *Tribunal da Relação* de Lisboa, en el que es acusado José Bernardino Salgado.¹⁵

El esquema de estas alegaciones, que aparecen divididas en doce distintos apartados sin título, puede resumirse así:

1. Resumen del pleito.
2. Razones de discordancia con las decisiones de Primera Instancia, en particular sobre la prueba producida en juicio.
3. Conclusiones, por tópicos, en las que se pone de relieve la inexistencia de violación de la ley penal, se invoca la contradicción de la sentencia de Primera Instancia, y al final se pide la absolución del acusado.
4. Termina pidiendo justicia.

Como se puede apreciar, estas alegaciones corresponden al esquema descripto.

Segundo discurso de defensa. 1960: Alberto Pimenta. Texto de alegaciones de recurso en proceso penal presentado ante el *Supremo Tribunal de Justiça*, en el que es acusado Joaquim Alves Figueiras.¹⁶

Éstas son sin lugar a dudas unas alegaciones muy extensas. Están divididas en cinco apartados con estos rótulos: “o crime de burla”, “o crime de abuso de confiança”, “o crime de peculato”, “palabras finales” y “conclusiones”. Se desarrollan de esta manera:

1. En cada uno de los tres primeros resultados se aprecia el contenido de las alegaciones del recurso de la otra parte, y a continuación se insertan las razones de discordancia con la decisión judicial recurrida.
2. Apreciación de la conducta de la otra parte antes y durante el juicio.
3. Conclusiones por tópicos, en las que se pone de relieve la inexistencia de violación de la ley penal, se ofrece una calificación jurídica distinta de los hechos probados, se invoca la nulidad de la decisión judicial recurrida, y se pide la absolución total del acusado, y subsidiariamente la absolución parcial.
4. Termina pidiendo justicia.

¹⁵ En *Sobre o crime de burla*, Lisboa, edición del autor, 1959/1960, pp. 9-23.

¹⁶ En *Arguido á força*, Lisboa, edición del autor, 1960, pp. 5-41.

Estas alegaciones contienen algunas desviaciones del modelo, con la consecuencia de pérdida de claridad; aun así, no dejan de resaltarlo en lo esencial.

Tercer discurso de defensa. 1967: Fernando Luso Soares. Texto de alegación de recurso en proceso penal presentado ante el *Tribunal da Relação* de Lisboa,¹⁷ en que él mismo es el acusado.

Las alegaciones son cortas, están organizadas en distintos apartados sin título, y obedecen al siguiente esquema.

1. Consideraciones sobre el ejercicio de la profesión de abogado.
2. Resumen del pleito, con indicación de la discordancia del punto de vista de la otra parte.
3. Conclusiones por tópicos, en las que se pone de relieve la inexistencia de la violación de la ley penal, se ofrece otra calificación jurídica distinta de los hechos probados y se termina pidiendo el sobreseimiento libre.

Ésta es una alegación bastante distinta de las demás, lo que parece justificarse por las especiales circunstancias de la cuestión jurídica *sub iudice*. Se trataba del ejercicio de la profesión de abogado; era una autodefensa, y el denunciante en el pleito era otro abogado con el que el letrado litigaba en otra causa.

Cuarto discurso de defensa. 1971: Fernando de Abranches-Ferrão y Francisco Salgado Zenha. Texto de contraalegación de recurso en proceso penal presentado ante el *Supremo Tribunal de Justiça*, en el que es acusado José Freire da Cruz Queiroz.¹⁸

Éstas son alegaciones de contestación a un recurso presentado por la otra parte, hecho que justifica por sí solo algunas diferencias con relación al esquema segundo. Este texto también se encuentra organizado en apartados sin título, tal como se resume a continuación:

¹⁷ En *Quando menos se espera*, Lisboa, edición del autor, 1967, pp. 7-17.

¹⁸ En *O direito de defesa e a defesa do direito*, Lisboa, Ordem dos Advogados Portugueses, 1971, p. 31-49.

1. Exposición de los defectos de la legislación procesal vigente; esta parte ocupa ocho de los nueve apartados del texto.
2. Razones de discordancia con la posición del procurador de la República Portuguesa.
3. Petición de que se confirme la decisión de la instancia recurrida.

Este pleito tiene evidentes connotaciones políticas. Los abogados de la defensa intentan claramente dirigirse a la comunidad jurídica de su época en general, utilizando la instancia para ello. Y eso justifica el gran desvío del esquema ordinariamente seguido.

Quinto discurso de defensa. 1971: Sidónio Pereira Pinto. Texto de alegación de recurso en proceso penal presentado ante o *Tribunal da Relação* de Lisboa. El acusado es António de Sommer Champalimaud.¹⁹

Las cortas alegaciones de este recurso están ordenadas por apartados sin títulos y obedecen al siguiente modelo:

1. Identificación de la decisión recurrida.
2. Motivos de la discordancia.
3. Conclusiones, por tópicos, en las que se pide la revocación de la decisión recurrida, y se pone de relieve la inexistencia de violación de la ley penal, ofreciendo distinta calificación jurídica de los hechos probados.

Esta alegación consueña con el modelo usual aunque muestra ligeras variaciones de estilo.

Sexto discurso de defensa. 1988: Daniel Proença de Carvalho. Texto de alegación de recurso en proceso penal presentado ante o *Tribunal da Relação* de Lisboa.

El acusado es João Manuel Gonçalves Nabeiro.²⁰

Este texto, dividido por apartados sin rótulos, está ordenado según este esquema:

¹⁹ En *Perigo e honra de ser advogado. O caso da herança Sommer*, Lisboa, edición del autor por Manuel João da PALMA CARLOS, 1971, pp. 47-56.

²⁰ En *Justiça e política. Um caso exemplar*, Lisboa, Editorial Inquérito, 1991, pp. 157-171.

1. Análisis de algunas cuestiones jurídicas suscitadas por la otra parte en el proceso.
2. Refutación de la posición de procurador de la República Portuguesa.
3. Conclusiones por tópicos, con indicación de las normas legales violadas por la decisión recurrida, y petición de la revocación de esta última.
4. Pide justicia.

Como queda claro, el esquema adoptado es básicamente el usual.

4. Valoraciones

En relación a la necesidad de darle unidad a toda la investigación es éste el momento de responder al conjunto de cuestiones comunes que recordamos de nuevo. 1. ¿Existe un esquema común en los textos de defensa? 2. ¿Hay algunas expresiones más empleadas? 3. ¿Cuáles son las proposiciones descriptivas y los principios normativos más invocados? 4. ¿Qué géneros de argumentos son más utilizados? 5. ¿Hay alguna teoría o sistema jurídico mayormente seguido? 6. ¿Se puede inferir alguna especial visión del Derecho en los discursos? 7. ¿Se puede inferir alguna especial visión de la justicia en los discursos? 8. ¿Se puede inferir alguna especial visión de la Ley en los discursos? 9. ¿Qué valoración de su oficio cabe inferir de los discursos de estos abogados? 10. ¿Cabe inferir de estos discursos de abogados si defienden, como grupo, un modo especial de regular la experiencia jurídica?

1. ¿Existe un esquema común en los textos de defensa?

La respuesta parece que ha de ser positiva. No obsta nada a esta conclusión el hecho de que se verifiquen desvíos puntuales. Éstos son inducidos, bien por el deseo de seducir a auditorios no obvios (véase el caso del cuarto texto de defensa), sea por razones más bien de estilo personal. A nuestro modo de ver, las razones de la adopción de un mismo esquema estriban en la existencia de las condiciones legales a que ya hicimos referencia; y quizá también, a la afición de la abogacía a usar de fórmulas y modelos experimentados. ¡Cuántos abogados no escriben sus discursos sirviéndose de la planta de otros discursos anteriormente redactados!

2. *¿Hay algunas expresiones más empleadas?*

Los términos más utilizados por los abogados, y en particular por los que ejercen de defensores en el proceso penal, suelen ser los siguientes, según confirma nuestro estudio:

Los que designan a los intervinientes en el proceso y sus actuaciones: juez, abogado, procurador del Ministerio Público, argüido, denunciante, testimonio, prueba, documento, audiencia, recurso, acción, decisión, sentencia, proceso, judicial, etcétera.

Los que designan las fuentes del Derecho o las clases de normas: ley, decreto, decreto-ley, legalidad, código, doctrina, precedentes judiciales, principios generales del derecho etcétera.

Los que designan las diversas formas del derecho: derecho, derechos humanos, derechos fundamentales, derecho constitucional, derecho penal, derecho procesal, etcétera.

Por último existe una abundante referencia a la Justicia, con distintas connotaciones, nombrándose principalmente la administración de justicia, la justicia finalidad del derecho y la justicia principio del derecho, pero hay más.

3. *¿Cuáles son las proposiciones descriptivas y los principios normativos más invocados?*

De las proposiciones descriptivas, las que aparecen más frecuentemente son las definiciones descriptivas, y las definiciones verbales.

En cuanto a los principios, lo que más abunda en el género de discursos analizados son los Principios Generales del Derecho, en particular los que se aplican en el ámbito del proceso y del derecho penal; y con mayor insistencia aún, los que tienen dignidad constitucional.

4. *¿Qué géneros de argumentos son más utilizados?*

Hay bastante diversidad de argumentos en los textos que hemos estudiado. Aun así, el más frecuente es el argumento de autoridad en sus tres especies típicas: cita legal, cita doctrinal, y cita jurisprudencial. También están presentes en mayor o menor medida estos otros argumentos: Por analogía. *A fortiori*. Los psicológicos, como el que corresponde a la *ratio legislatoris*. Los teleológicos. Los históricos, basados en la continuidad del proceso de creación del derecho por el ser humano. El argumento *a completudine*, o sea el que presume la sumisión de los casos no reglados de modo particular a una

regla general. El argumento apagójico, o sea el razonamiento por reducción al absurdo. Y otros.²¹

5. *¿Hay alguna teoría o sistema jurídico mayormente seguido?*

En los textos analizados se intuye que sus autores han recibido su formación académica y jurídica bajo la influencia dominante del positivismo jurídico. Esa influencia se ve reforzada por la trascendencia que tiene el principio de legalidad en el derecho penal, muy superior a la que ejerce en el resto del ordenamiento jurídico. Sin embargo el apego a la ley como fuente del derecho única del sistema penal y como fuente del derecho principal del sistema jurídico portugués no les convierte en partidarios del positivismo legalista puro. Se nota en una actitud crítica ante el *statu quo* y en ciertos matices sociológicos e históricos que impregnan su comprensión del derecho.

6. *¿Se puede inferir alguna especial visión del Derecho en los discursos?*

Como se acaba de decir, el paradigma en que les correspondió vivir a estos abogados portugueses es el del mundo jurídico romano-germánico moderno, en el que impera la identificación positivista entre el derecho y la ley. Yo me atrevería a decir que nuestros autores, teniendo que optar entre posiciones normativistas y judicialistas, prefieren las primeras, estando las últimas más próximas a la realidad jurídica del mundo anglosajón. Por una parte se les nota críticos ante el legislador. Mas por otra no se los ve demasiado rendidos a la sabiduría de los jueces. Los inevitables elogios que les dedican esconden con frecuencia la ironía. Se nota ausencia de citación de Principios del Derecho Natural, y en su lugar se cita abundantemente la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

7. *¿Se puede inferir alguna especial visión de la Justicia en los discursos?*

La palabra *justicia* es utilizada frecuentemente en estos textos, como ya se ha dicho. Muchos de ellos terminan significativamente

²¹ Sobre la importancia de cada uno de estos argumentos en el discurso jurídico puede verse BERGEL, Jean-Louis, *Méthodologie Juridique*, París, PUF, 2001, pp. 150-151.

con esa palabra, pero hay que poner de relieve que no siempre se usa con el mismo significado. La mayoría de las veces se habla de la justicia para referirse a la administración de justicia o bien para aplicarla a la calificación de las personas, significando entonces la virtud de la justicia. La utilización más interesante de la expresión *justicia* según aparece en estos textos, es desde nuestro punto de vista aquella en que significa el fin del derecho. Ahí corresponde *justicia* a la idea de que mediante la aplicación del derecho a los hechos concretos puestos *sub iudice*, se hará justicia, a la que son acreedores sus representados.

8. *¿Se puede inferir alguna especial visión de la Ley en los discursos?*

El concepto de ley que está implícito en los discursos estudiados es sin duda alguna el del positivismo normativista. Para fundamentar lo que acabamos de decir no tenemos sino que remitirnos a lo dicho antes sobre las concepciones del derecho vigentes en la muestra.

9. *¿Qué valoración de su oficio cabe inferir de los discursos de estos abogados?*

La valoración que hacen los abogados criminólogos de su profesión es muy positiva. El ejercicio de su profesión y el cumplimiento de las correspondientes obligaciones deontológicas y de conciencia les acarrea en algunos casos no pocos problemas, de los cuales se encuentran ecos en algunos de los pleitos de los que forman parte los discursos estudiados. En uno de ellos incluso se hace el elogio de la profesión.

Esa visión de su profesión no coincide para nada con la imagen que de ella tiene la mayoría de la población, lo que se explica principalmente por una dificultad de comunicación de parte a parte; pero también por la incomprensión generalizada de la función de persuasor que cumple al abogado, como hemos dicho al principio.

Cuestión diversa es la que nos planteamos a la hora de establecer una posible generalización de nuestras conclusiones. ¿Se podrá decir “en este sentido” que esta muestra es representativa del sentimiento de la mayoría de los abogados portugueses? Tengo mis dudas. Al lado de muchos que se enorgullecen de su profesión y la conciben como un servicio a la justicia y a la sociedad, hay otros que

están dominados por la lógica economicista del éxito, tan común en nuestro tiempo.

10. ¿Cabe inferir de estos discursos de abogados si defienden, como grupo, un modo especial de regular la experiencia jurídica?

A este respecto pienso son muy conscientes de la importancia que tiene su papel en el mundo jurídico, pero el paradigma positivista que les atenaza les impide pasar a considerar que les pueda competir alguna suerte de regulación de la experiencia jurídica. Cuando se atreven a considerar otras fuentes del derecho que no sea la ley, no pasan de afirmar, como creadora de derecho, la actividad del juez o de quienes producen doctrina.

Pero la verdad es que los abogados también regulan la realidad jurídica con sus distintos modos de intervención en ella. Así ocurre cuando redactan contratos que son *leges inter partes*; o cuando ofrecen las bases argumentales para sostener su causa en un pleito; o cuando impiden que sus clientes pleiteen consiguiendo un acuerdo extrajudicial... No es casual que los abogados portugueses, refiriéndose a la realización de la justicia, suelen recordar el brocardo que dice que "é melhor um mau acordo que uma bõa demanda" (es mejor un mal acuerdo que un buen pleito).

5. Conclusiones

Los abogados portugueses suelen utilizar esquemas fijos en la redacción de sus discursos, lo que resulta de las imposiciones legales y de las prácticas de buen hacer. Esto facilita la comprensión de su argumentación, aumentando su eficacia, lo que es extremadamente importante, ya que el discurso del abogado, máxime el que ejerce la defensa en proceso penal, tiene carácter agonístico y trata de conquistar al auditorio.

Por otra parte es recomendable que el abogado no pierda de vista, antes bien tenga muy en cuenta, que su auditorio está formado por especialistas y que eso exige la adecuación del discurso a los destinatarios.

El abogado está orgulloso de su profesión y sin embargo no es plenamente consciente de que en cierta medida le cabe la posibilidad de contribuir a regular la experiencia jurídica. Habría que cambiar esta perspectiva, lo que sólo se podrá conseguir, en mi opinión, ampliando estudios como el presente a otras muchas muestras, y sobre

todo intentando cambiar desde más atrás el paradigma positivista normativista que persiste en la enseñanza del derecho rutinaria.

Bibliografía

- ABRANCHES-FERRÃO, Fernando y SALGADO ZENHA, Francisco, *O direito de defesa e a defesa do direito*, Lisboa, Ordem dos Advogados Portugueses, 1971.
- BERGEL, Jean-Louis, *Méthodologie Juridique*, París, PUF, 2001.
- CUNHA RODRIGUES, José Narciso, “Recursos”, en *O novo Código de Processo Penal*, Coímbra, Almedina, 1988, pp. 381-400.
- FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Memória, Método e Direito*, Coímbra, Almedina, 2004.
- *Faces da Justiça*, Coímbra, Almedina, 2002.
- LUSO SOARES, Fernando, *Quando menos se espera*, Lisboa, edición del autor, 1967.
- MEYER, Michel, “As bases da retórica”, en *Retórica e comunicação*, Porto, ASA, 1994, pp. 31-70.
- NETO, Manuela, *Dos recursos*, Porto, Almeida & Leitão, lda., 1996.
- OSÓRIO, Luis, *Comentário ao Código de Processo Penal*, Coímbra, Coimbra editora, 1934, vol. VI.
- PALMA CARLOS, Manuel João, *Sobre o crime de burla*, Lisboa, edición del autor, 1959/1960.
- PEREIRA PINTO, Sidónio, *Perigo e honra de ser advogado. O caso da herança Sommer*, Lisboa, edición de autor de Manuel João da Palma Carlos, 1971.
- PERELMAN, Chaïm, *O império retórico*, trad. De Fernando Trindade y Rui Alexandre Grácio, Porto, ASA, 1993.
- PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TRYTECA, L., *Tratado de la argumentación*, traducción de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Editorial Gredos, 1989.
- PIMENTA, Alberto, *Arguido à força*, Lisboa, edición del autor, 1960.
- PLEBE, Arimando y EMANUELE, Pietro, *Manual de Retórica*, tradução de Eduardo Brandão, San Pablo, Martins Fontes, 1992.
- PROENÇA DE CARVALHO, Daniel, *Justiça e Política. Um caso exemplar*, Lisboa, Editorial Inquérito, 1991.
- PUY MUÑOZ, Francisco, “La expresión ‘argumentación jurídica’ y sinónimas. Un análisis tópico”, en *La argumentación jurídica. Problemas de con-*

cepto, método y aplicación, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 93-137.

SOSA SANTOS, Boaventura, "O Discurso e o Poder", Separata del número especial del *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, "Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro", Coímbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980.