

UNIVERSIDAD DE VALENCIA
FACULTAD DE FILOSOFÍA Y CIENCIAS DE LA EDUCACIÓN
DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA
PROGRAMA DE DOCTORADO EN ÉTICA Y DEMOCRACIA



VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA

***RESPONSABILIDAD, JUICIO Y MOTIVACIÓN MORAL
DESAFIOS DEL NEURODERECHO A LAS PROFESIONES
JURÍDICAS***

TESIS DOCTORAL

Presentada por

José Javier García Deltell

Dirigida por

Dr. Agustín Domingo Moratalla

Valencia, 2023

Tesis doctoral

Responsabilidad, juicio y motivación moral
Desafíos del Neuroderecho a las profesiones jurídicas

Valencia, 2023

A mis padres, hermanos, sobrinos y abuelos

Índice

PRÓLOGO.....	15
INTRODUCCIÓN	23
Metodología	27
Objetivos	31
Estructura de la tesis.....	35
CAPÍTULO 1: DE LA NEUROÉTICA AL NEURODERECHO.....	37
1.1 De la génesis a su evolución interdisciplinar.....	39
1.2 El neurolaw: una disciplina abierta a la reflexión filosófica	47
1.3 La epistemología neurocientífica y la pluralidad metodológica.....	49
1.4 Los problemas de la psiquiatría legal/forense: los dictámenes periciales....	57
1.5 El neuroderecho y la filosofía del derecho contemporánea.....	60
1.6 El papel de las emociones en las decisiones del jurista	65
CAPÍTULO 2: PROFESIONES JURÍDICAS, JUICIO Y RESPONSABILIDAD.....	73
2.1 Introducción a la ética y la deontología de las profesiones jurídicas.....	75
2.1.1 Aproximación conceptual a la ética profesional: conceptos clave.....	75
2.1.2 Las estructuras regulativas y asociativas de las profesiones jurídicas entre las fuentes de la ética aplicada	78
2.2 Un ejemplo práctico: la ética profesional del abogado.....	89
2.3 La objeción de conciencia un conflicto personal de la práctica jurídica.....	94
2.3.1 Un derecho fundamental con proyección esencial.....	94

2.3.2	Marco teórico-conceptual y normativo del derecho.....	96
2.3.3	Límites y aspectos conflictivos latentes	102
2.3.4	Objeción de conciencia en los profesionales del derecho.....	103
2.3.5	Unas propuestas de enmienda a sus problemáticas.....	111
2.4	El juicio moral del jurista en los conflictos prácticos. Antecedentes y sus claves en Jürgen Habermas.....	113
2.4.1	La razón práctica en el profesional del derecho.....	113
2.4.2	El giro jurídico en la teoría habermasiana de la sociedad	123
2.4.3	El ejemplo paradigmático de la decisión judicial	127
2.4.4	Un acercamiento a la legitimidad vía la validez procedimental de la argumentación moral.....	132
2.4.5	La irrupción de Facticidad y validez: un encuentro entre el derecho y la moral en los Derechos Fundamentales.....	135
2.5	La ponderación un modelo en auge de racionalidad jurídica en la toma de las decisiones judiciales	147
2.5.1	Ámbitos de aplicación del derecho práctico: la perspectiva judicial..	147
2.5.2	La aportación de Robert Alexy a la ponderación.....	148
2.5.3	Ejemplos prácticos en la ponderación de valores	153
CAPÍTULO 3: RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....		163
3.1	Concepciones clásicas de la argumentación jurídica	165
3.1.1	Formal: lógico-sintáctica.....	175
3.1.2	Material: semántica	180
3.1.3	Pragmáticas: dialéctica y retórica.....	182
3.2	Las tensiones del discurso práctico en la teoría de la argumentación.....	185
3.2.1	El discurso jurídico un caso especial de discurso práctico	185

3.2.2	De Kant a Quine por un empirismo sin dogmas en la argumentación neurocientífica.....	186
3.2.3	La racionalidad lógica en la argumentación jurídica	191
3.2.4	Un ejemplo evaluativo en la jurisdicción penal	193
3.3	La perspectiva normativo-racional en la argumentación jurídica: Robert Alexy.....	199
3.4	El peligro de la mala retórica: sofística, mayéutica y la técnica evaluativa de argumentos en los clásicos.....	210
3.4.1	Una aproximación a la doctrina argumentativa socrática a través del diálogo platónico	210
3.4.2	El discurso platónico de la Apología a Sócrates frente a la sofística	214
3.4.3	La sofística contemporánea: Gorgias y su Encomio de Helena, el juicio a Friné y el discurso fúnebre de Marco Antonio.....	219
3.5	De la nueva retórica a la neuroretórica.....	230
3.5.1	La nueva retórica en la contemporaneidad.....	230
3.5.2	Las contribuciones de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca a la teoría de la argumentación.....	234
3.5.3	El auditorio un entorno cognitivo creativo para el jurista.....	237
3.5.4	Retórica versus neuroretórica	246
3.6	De la dialéctica y retórica aristotélica a la pragmadialéctica en el discurso jurídico contemporáneo: Stephens Toulmin, Frans van Eemeren y Rob Grootendorst.....	251
CAPÍTULO 4: APORTACIONES DE LA HERMENÉUTICA.....		263
4.1	El comprender hermenéutico en el jurista y sus utilidades.....	265
4.1.1	Un posicionamiento privilegiado en el enfoque hermenéutico de Hans-George Gadamer.....	265

4.1.2	La filosofía de la vida como experiencia ontológica e histórica.....	266
4.1.3	La ontología del lenguaje y la filosofía crítica.....	270
4.1.4	La experiencia profesional del jurista y su responsabilidad.....	274
4.2	Aportaciones de la hermenéutica gadameriana	278
4.2.1	La rehabilitación del prejuicio y la autoridad, entre las herramientas útiles de comprensión jurídica.....	280
4.2.2	La comprensión hermenéutica en la superación de aporías de la verdad.....	285
4.3	Las claves de la experiencia hermenéutica gadameriana: la estructura de la conciencia de la historia efectual y la fusión de horizontes.....	292
4.4	Los problemas de la hermenéutica jurídica: algunas referencias básicas Gadamer y Habermas.....	300
4.4.1	La prehistoria de la hermenéutica romántica	300
4.4.2	Una hermenéutica jurídica que cobra vida en lo otro	307
4.4.3	Habermas y el problema de la pretendida objetividad en la interpretación judicial	312
4.4.4	El horizonte ético en la hermenéutica jurídica.....	316
4.5	La justicia en la ética hermenéutica: alteridad y reciprocidad en Paul Ricoeur.....	320
4.5.1	La existencialidad jurídica del profesional del derecho: una vía hacia el otro.....	320
4.5.2	La hermenéutica vivencial del compromiso y el reconocimiento.....	323
4.5.3	La justicia como el cuidado de las enfermedades sociales	327
4.5.4	Una hermenéutica que conecta los fenómenos sociales con la ética.	332
4.5.5	La hermenéutica como aprendizaje de un humanismo cívico	336
	CONCLUSIONES	341
	APÉNDICES	369

ANEXO I	371
ANEXO II	375
ANEXO III.....	383
BIBLIOGRAFÍA	391

Viaje a Ítaca

Cuando emprendas tu viaje a Ítaca,
pide que tu camino sea largo, lleno
de aventuras, lleno de experiencias.

No temas a los lestrigones, ni a los
cíclopes ni al colérico Poseidón.

Jamás encontrarás seres tales en tu
camino, si tu pensar es elevado, si
limpias la emoción de tu espíritu y

de tu cuerpo.

Konstantino Cavafis

No hay viento favorable para el que no sabe a qué puerto se dirige.

Lucio Anneo Séneca

PRÓLOGO

En septiembre del año 2010 inicié un camino personal ilusionante al regresar a la Universidad, tras varios años dedicados a la vida profesional de abogado, una actividad que lejos de alcanzar mayores cotas de especialización profesional, declinó en favor de uno de esos anhelos personales que uno tantas veces posterga y que pocas veces se atreve a realizar. Ese deseo en cuestión, consistió en embarcarme en un estudio universitario de grado en Filosofía de la Universidad de Valencia. Un paso arriesgado que tomé con gran determinación a pesar de las numerosas advertencias que lo desaconsejaban, principalmente, por lo que perdía a nivel profesional, quizás, el tiempo me dé la razón si en algo gustan las reflexiones que surgieron de esa gran determinación y cuyo fruto viene reflejado en este trabajo.

No sería pertinente iniciar un trabajo de este tipo, sin marcar un tradicional orden de agradecimientos, el cual, podría bien comenzar: primero, por el ámbito institucional, puesto que un proyecto de esta envergadura, en cuanto a su viabilidad y materialización efectiva, depende en gran medida de algunos factores externos, uno esencial es su financiación económica, más si cabe cuando abandonas el escudo protector de tu antigua profesión. Ese abrigo institucional fue el ofrecido por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, concretamente, en su becado para la Formación del Profesorado Universitario (FPU). Un programa público predoctoral que me supuso un tremendo impulso en la investigación, abriéndome un amplísimo abanico de posibilidades que me permitieron principalmente convertirme en doctorando e incorporándome de forma estable al otro gran pilar institucional que me amparó durante todo este tiempo, la Facultad de Filosofía y Ciencias de la Educación de la Universidad de Valencia, concretamente, en su Departamento de Filosofía, el lugar específico, donde se integra la Unidad Docente de Filosofía Moral, Política y Social a la que debo tanto de este favor que posibilitó mi investigación. Una institución conformada por una heterogénea familia de investigadores y docentes amantes de la filosofía, bajo cuya influencia directa pude desarrollar esta labor, sin apenas cortapisas, integrándome plenamente como uno más de sus miembros y pasando a formar parte de varios de sus proyectos de investigación más reconocidos: en

concreto, el titulado “Racionalidad Práctica en Perspectiva Neuroética”, que a su vez lo integraba un subproyecto llamado “Juicio Moral, Justicia y Democracia en Perspectiva Neuroética” (referencia: FFI2013-47136-C2-1-P); así como el proyecto “Ética Cordial y Democracia ante los retos de la inteligencia artificial” (referencia: PID2019-109078RB-C22) financiados ambos, por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Este entorno institucional tan propicio para la investigación, que me acogió supuso un campus experiencial enorme, tanto en lo institucional como en lo emocional, que me proveyó de inagotables estímulos personales, así como un amplísimo repertorio de recursos materiales para el trabajo. Además, de ofrecerme con todos sus programas oficiales de estudio numerosas asignaturas estimulantes, primero, en la camaradería de los estudios del Grado de Filosofía, después, en la especialización de un Máster Interuniversitario en Ética y Democracia por la Universidad de Valencia y la Universidad Jaime I de Castellón, para finalmente, poder completar mis estudios superiores con el Programa de Doctorado en Ética y Democracia de la Universidad de Valencia. Un valiosísimo soporte de apoyo personal, de recursos y fuentes bibliográficas disponibles, tanto en sus centros propios como en el amplísimo entramado de otros muchos organismos e institutos afines a la Universidad, sin cuya ayuda esencial no hubiera sido posible elaborar un proyecto de investigación de tal envergadura, dentro de esta dimensión global y tan compleja que implica el embarcarse en un estudio de doctorado.

Ante el hándicap de enrolarse a tiempo completo en el estudio de otra titulación universitaria con una cierta edad, necesitas sentir una motivación especial que te empuje a creer con determinación en lo que haces, un ímpetu diferente al vivido anteriormente en la experiencia de un joven bisoño de dieciocho años, que iniciaba en la década de los noventa, sus primeros estudios en Derecho, atenazado por las inseguridades de la edad y el peso específico de un porvenir por construir. Una vez que consigues liberarte de esa pesada carga, el viaje emprendido hacia esta Ítaca incierta, que supone investigar se disfruta desde el terreno de los privilegios e implica un camino abierto ilusionante lleno de oportunidades para seguir aprendiendo, debatiendo y profundizando en el pensamiento filosófico de una forma más sistemática y organizada. Eso sí, ayudado por esos estimulantes objetos de estudio que se ponen a tu disposición y se integran en un complejo entramado institucional, que ha resultado ser tan enriquecedor, por ser una familia de

docentes e investigadores que durante tantos años ha construido sus fortalezas a base del esfuerzo y la ilusión de todas esas personas que están detrás de lo institucional. Una valía de todos sus miembros, con gran reconocimiento social, que siguen demostrando día a día con su dedicación y amor por el estudio y la divulgación científico-filosófica. Este lugar específico fue sin duda y sigue siendo mi hogar intelectual, la primera parada de mi viaje y el principal soporte de mi trabajo, lo que me ofreció la Unidad Docente de Filosofía Moral de la Universidad de Valencia, una morada personal que creyó en mí y se convirtió en mi principal apoyo intelectual, nada más, ni nada menos, que durante toda la segunda década del Siglo XXI. Un periodo que tuvo un momento culmen como investigador al fructificar, no sólo en los renglones subsiguientes, sino también, en otras muchas experiencias vitales inolvidables, como la de impartir mis primeras clases universitarias, durante los tres últimos años del becado predoctoral, en una asignatura de mi total agrado dedicada a un área temática tan apreciada para mi como la “Filosofía Política y Social”.

El segundo orden de agradecimientos merece un punto y aparte, por ser el personal proferido hacia la inestimable colaboración de mi director de tesis, el profesor *Agustín Domingo Moratalla*, del que ya formo parte de su dilatado *curriculum*, con una vasta aportación humanista al conjunto del mundo académico y la sociedad, que no hace más que engrandecerse a pasos agigantados, siendo muestra de una valía y trayectoria académica imposible de relatar en unos renglones tan limitados. Lo podemos resumir en varios detalles primordiales; en lo material, su reciente y merecidísima habilitación en una Cátedra en Filosofía Moral por la Universidad de Valencia; en lo personal, los lazos casi familiares creados con los innumerables doctores habilitados a través de su magisterio. Un exquisito trato el ofrecido, que me consta de buena fe, por ser corroborado en uno mismo y por las numerosas conversaciones mantenidas con algunos de sus ahora doctores. Todos hemos constatado que no sólo ofrece un mero apoyo técnico en lo material, formal y organizativo de las directrices de los trabajos, que, por cierto, las da y son muy buenas y valiosas sus orientaciones, sino, también, por el cálido talante *psicológico-emocional* ofrecido, que podría entroncar con nuestro análisis de la afecciones emocionales y motivacionales para la acción que tratamos de estudiar. Un don extraño de encontrar hoy en día en el mundo académico universitario, que acostumbra a perder parte de esa empatía tan valiosa, es decir, la capacidad de entender a los

interlocutores y apaciguar con tino sus temores durante su arduo camino, un viaje que en el caso de los doctorandos, con demasiada frecuencia nos enfrenta a la experiencia de la desazón y las inseguridades típicas de esta intrigante labor que supone investigar en mi caso temas de filosofía moral y del derecho.

Por otra parte, tampoco, podía dejar de nombrar en este inciso de agradecimientos la influencia que sobre mí han tenido las obras parte ya de nuestra cultura filosófica contemporánea de Adela Cortina y Jesús Conill, dos insignes representantes de la filosofía moral de las últimas décadas, en la que podríamos incluir a los demás miembros de esa Unidad Docente de Filosofía Moral: el propio Agustín Domingo, Adela Cortina y Jesús Conill como catedráticos universitarios, además del resto de profesores que la conforman Juan Carlos Siurana, Francisco Arenas, Elena Cantarino, Enrique Herreras, Javier Gracia, Pedro Jesús Zafrilla, Juan Manuel Ros, María Amparo Muñoz, Isabel, María José, Jesús Antonio, César, Marina, Carlos, Rubén y demás miembros de ese heterogéneo macro Departamento de Filosofía de la Universidad de Valencia de reciente unificación, que ha conseguido aunar a casi todas las familias de la filosofía valenciana. Muchos de ellos han ejercido alguna influencia o magisterio sobre mí, repercutiendo de una forma u otra en un trabajo que ha sido gestado durante tantos años. Por citar un pequeño anecdótico recuerdo: los debates con el profesor José García Roca sobre posibles formas de afrontar los enfoques bibliográficos; o incluso algunos debates con el profesor Manuel Jiménez Redondo acerca de términos conflictivos de sus traducciones más reconocidas al castellano de las obras de Habermas y Heidegger.

Estos agradecimientos podían ser inagotables, no procede por cuestiones básicas de formato, pero no podría quedar concluso sin hacer referencia al momento más significativo que produjo en mí el despertar filosófico en estos temas, es decir, el que inició esta andadura intelectual hace ya muchos años, justo para entroncar con el sentido de todo lo vendrá después. Ese momento especial fue en mis primeros años en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante a finales de la década de los noventa, en unas clases donde solía sentir unas sensaciones de hormigueo en el estómago difíciles de olvidar, típicas del estudiante introvertido, que es interpelado de una forma demasiado inquisitiva por un profesor. En realidad al sufrir en nuestras carnes esas emociones, no estábamos enfrentándonos a una técnica propia de un mal profesor, que bajo extraños

intereses pedagógicos, intimida a sus alumnos provocándoles un miedo sugestivo, cuyo fin último, es incentivarles en el estudio de su materia, sino que estábamos ante una sorprendente forma de activarnos, de provocar que abandonáramos la posición de interlocutores pasivos en el auditorio universitario, es decir, tratando de sacarnos de aquel lugar irrelevante, donde el estudiante por desgracia suele caer rendido acríticamente ante los magisterios embelesadores de sus profesores, sin apenas posición crítica activa y en diálogo de los temas tratados.

La finalidad de tal tensión emocional en la dimensión pedagógica que estábamos practicando la he tratado de llevar a cabo en las clases universitarias que he podido impartir, y dicha lección, entronca con mucho de aquello que me ha enseñado la tradición crítica muchos años después, es decir, el ponernos en un estado de duda constante, generar un conocimiento colaborativo y calibrar nuestra valía intelectual y argumentativa a partir del debate constructivo. Al partir de ese estrés emocional, el cual, generaba en aquel momento una especie de catarsis que nos inhibía, por un momento, del atolondramiento circunstancial propio de estudiante pasivo. En el trascurso de esa tarea y los consiguientes debates dialécticos llevados a cabo durante casi todas las clases, el temor inicial se tornó una sensación placentera, logrando con dicha técnica imbuirte gracias a esa maestría en un certero juego dialéctico que se desenvolvía en el trasfondo de la filosofía y el derecho. Su finalidad pedagógica la provocaban las lecciones impartidas por el hoy reconocidísimo profesor Manuel Atienza Rodríguez, un autor referente en temas de filosofía del derecho y argumentación jurídica, gran admirador de Sócrates, que en aquellas lecciones, estaba poniendo en práctica los métodos que el gran sabio ateniense había puesto en práctica más de dos milenios antes en otro lugar recóndito del Mediterráneo. Su metodología era hacernos dudar acerca de lo que creíamos por verdadero o cierto para sacar como un matrón lo mejor de nosotros mismos, bajo el prisma de la filosofía del derecho, estábamos descubriendo una forma diferente de hacer filosofía en unas clases de filosofía, oratoria y argumentación jurídica difíciles de olvidar.

Aquellas experiencias que estábamos experimentando en su trasfondo contenían un valioso proceso racional e intelectual, que nos enseñaba un aprender razonando argumentativamente, algo imprescindible para la formación del jurista, que en aquel momento, a pesar de nuestro nivel de aprendices noveles, nos hacía imbuirnos de forma

práctica en ese juego crítico y dialéctico, que a su vez era empático y creativo, algo que veremos por su gran valor epistémico entre los mecanismos más saludables para la práctica jurídica. En el fragor de aquellas batallas dialécticas recuerdo una pregunta sugestiva que me ha marcado durante muchos años relativa a la forma de argumentar las decisiones judiciales, que también podríamos extender de una forma recurrente al gran catálogo de los juristas en general. Una cuestión que incluso hoy continúo intentando entender, ya que no llegaba a comprender *por qué* no se les podía exigir a estos profesionales, en sus resoluciones, escritos o en el conjunto de su expresar dialéctico, es decir, en el desempleo de aquella labor que realizan cotidianamente mediante el intercambio de discursos en sede pública, al igual, que tantos otros preceptos obligacionales lo hacen en nuestro ordenamiento jurídico para otras muchas conductas reguladas, bajo algún tipo de pena o sanción, que las decisiones y los usos retóricos de la práctica jurídica, siempre estuvieran reguladas por unos estándares de claridad en su lenguaje expositivo –sencillo, directo y llano–, evitando los subterfugios o los floridos y coloridos artificios, que todos solemos identificar en muchas ocasiones con las expresiones recargadas e incomprensibles para el oyente común de los abogados, fiscales, jueces, etc., y que, en el peor de los casos utilizan en sus discursos falacias o engaños, que manipulan, ocultan o distraen la realidad escondiendo fines espurios desprestigiando la profesión de cara a la sociedad.

En mi limitado entender de aquel momento, creía que en la práctica jurídica continuamente se estaba dando mucho de ese proceder, siendo un claro elemento desvirtualizador de una función social que entendía debía corresponderle a las profesiones jurídicas como una de las justificaciones principales de su actuar frente a la sociedad, y que, en el peor de los casos, generaba una disfuncionalidad recurrente del sistema jurídico, ya que, lo apartaba de una senda de corrección o validez racional que debíamos fomentar. Quizás entendía que un sistema más ético era el basado en esa idealidad, que podíamos dejar reposar en algún modelo de racionalidad comunicativa, alejando la práctica jurídica de las prácticas inmorales, como las de una retórica manipulativa. Ésta era mi resolución ideal y la entendía como una exigencia moral a la que todos los juristas debíamos contribuir en mayor o menor medida, situando esas preocupaciones en uno de los epicentros del estudio sobre la práctica profesional del Derecho que me proponía emprender en los subsiguientes años. Sobre todo, al entender que a esta determinación

debíamos darle un papel esencial en la formación de los futuros juristas desde la reflexión filosófica, ya que, somos intermediarios entre el Derecho y las personas, unos de los garantes principalísimos de la creación, la interpretación y la aplicación de la ley, es decir, de ese gran instrumento ordenador y vertebrador de nuestra convivencia social. Toda esa bondad que presumía era tan solo un sistema ideal de los muchos posibles, pero, el sentido de esa idealidad y su convicción me ha guiado con fuerza en la profundización de los estudios posteriores, asumiéndolos como una de las responsabilidades de los teóricos del derecho y lo moral, que era precisamente en lo que pretendía convertirme. Esa era una de las posibles sendas a trabajar por un teórico de la práctica jurídica institucional, que, en esta especialización de las profesiones jurídicas, trata de ayudar a mejorar desde los modelos de racionalidad a los que tiene acceso, los mecanismos de comprensión de su actuar, por ejemplo, aportando herramientas para tratar de detectar y arrinconar las malas prácticas.

En aquel momento una sonrisa escéptica se despertó en mi interlocutor, mi argumentación estaba encaminada hacia una concepción vulgar –prejuiciosa y simplista– de la *retórica* o vista desde la comparativa de una tradición filosófica en relación a la argumentación dialéctica de los *Tópicos* aristotélicos. El intento de aclarar todo lo implicado en esa preocupación ha formado gran parte de mi vida como investigador, durante todos estos años. Al estilo de una de las acusaciones proferidas contra Sócrates, en aquellas lecciones estaba acusando de una forma generalizada a muchos profesionales o a la práctica jurídica en general de ser sofistas, en su concepción más peyorativa del término, de malignidad manipulativa, una visión que nos ha transmitido una parte de la literatura filosófica clásica. Unas formas de actuar, que creía se seguían dando con gran asiduidad en la práctica jurídica actual, y que en algunos extremos si la he corroborado en mi propia experiencia profesional personal como jurista, ya que, siguen produciéndose, aunque, de una forma más marginal a la que pensaba en mis primeros años universitarios. Puesto que el gran quehacer general, que desempeñan en su gran mayoría los juristas, lo hacen de una forma aceptable o correcta, gracias a un carácter propio más virtuoso de sus profesionales del que pensaba y gracias a las bondades intrínsecas de la propia configuración normativa e institucional tan garantista que nos hemos dado con nuestro ordenamiento jurídico vigente. En aquel momento, mi interlocutor estaba defendiendo algo que he comprendido muchos años después, que el estudio de la *retórica* y la

dialéctica resultan imprescindible para mejorar aquello que dota de contenido al mundo experiencial del Derecho. Pero, además, añadiré algo más, esas formas y contenidos de las expresiones en Derecho que tanto me preocupaban habrán de ser evaluadas sagazmente desde la crítica, en esa labor se ha guiado nuestro trabajo, hemos tratado de acercarnos a los sistemas éticos y llevar sus criterios de racionalidad a la práctica jurídica.

Esas dudas y el proceso de búsqueda de un aprendizaje dialéctico y crítico en el Derecho, más acorde con los estándares éticos y deontológicos actuales, como el que estábamos practicando, me ha marcado en gran medida durante todos estos años. Las respuestas las sigo buscando, el proceso de investigación ha continuado avanzando durante mucho tiempo y gracias a él me voy dando cuenta de que, lo relevante, no será tanto el resultado obtenido respecto a mis preocupaciones en el trabajo, como las experiencias que se toman en el proceso vital de investigar, puesto que, los caminos que se emprenden priman sobre el destino a esa Ítaca marcada como puerto seguro. En este trabajo expondré de forma sistemática algunas de esas preocupaciones e inquietudes, las cuales, han sido una constante en mi proceso vital y profesional de aprendizaje, primero, al descubrir muchas de sus implicaciones en la vida práctica jurídica cotidiana, después, con todo ese bagaje profesional adquirido, al tratar de hacerme investigador volviendo a la Universidad, y tratando de llevar todas esas problemáticas de la vida práctica real del Derecho al debate teórico-filosófico, redescubriendo en el proceso, desde la profundización filosófica, otra dimensión enriquecedora que me ha permitido abordar algunas de las necesidades y carencias de la práctica jurídica, a partir del estudio de la filosofía, las ciencias sociales y jurídicas, en el cariz especial de la neurociencia, profundizando en algunos de los aspectos mentales involucrados. Por todos estos motivos, en este trabajo trataré de aclarar muchos de estos temas y al llegar a sus conclusiones, el objetivo habrá sido productivo, si en algo hemos conseguimos acercar la práctica jurídica a una evaluación racional de sus procesos, desde la impronta *ética*, para que tales resultados puedan ser compartidos con otros profesionales del derecho a los que pudieran serles de algún tipo de utilidad todas estas reflexiones.

INTRODUCCIÓN

El título elegido, “Responsabilidad, Juicio y Motivación Moral” selecciona una serie de categoría claves de la filosofía práctica que obedecen a una estrategia definitoria del sentido que queremos dar a nuestro estudio. Es decir, son una muestra indiciaria acerca del desde dónde se parte y hacia dónde se dirige lo que se va a tratar: la *motivación*, sigue siendo uno de los grandes enigmas clásicos interesado por la filosofía de la mente y de la acción, la neurociencia en su vertiente más empírica nos augura en estas últimas décadas y en su incipiente estado, respuestas sobre qué causas biológicas pudieran afectarla, el Derecho regula muchas de nuestras acciones e instituciones y en la filosofía tratamos de modular críticamente las respuestas racionalmente ofrecidas.

La siguiente categoría del título, la del *juicio*, implica el aspecto cognitivo en la formulación de las decisiones, una categoría clave en la historia de la filosofía, digna de repensar de una forma innovadora, si la renfocamos al mundo de la práctica jurídica a sabiendas de que nunca podremos sólo obtener una explicación exclusiva desde el prisma empirista de la neurociencia. Entre las diferentes formas de abordar el juicio en el trabajo, lo trataremos desde el punto de vista del juicio de la *responsabilidad*, es decir, aquel que construimos a partir de la ética y la deontología profesional del jurista, en una muestra de racionalidad que nos lleva a extraer determinadas reglas de validez en su ejercicio comunicativo práctico. Otra forma de hacerlo será a través del análisis epistemológico del juicio, es decir, acerca del cómo podrían obtener y desplegar su conocimiento los juristas en la práctica jurídica, o bajo qué presupuestos ontológicos se da su comprender en la acción aplicativa. De esta forma, queremos acercarnos a una descripción de las condiciones de posibilidad que se dan en el juicio de responsabilidad del profesional del derecho, inmersos como investigadores en un diálogo con algunas de las tradiciones precedentes más significativas, en el marco de la responsabilidad legal y moral. Este enfoque formará parte de un eje transversal en la estructura básica del trabajo que vertebrará los tres grandes bloques del análisis específico dedicado a las profesiones jurídicas.

El subtítulo “Desafíos del Neuroderecho a las profesiones jurídicas” es el complemento delimitador de una especialidad tratada en lo novedoso de las neurociencias, respecto de las tres grandes orientaciones generales de la filosofía práctica del título principal. Su descripción o desafíos nos hace adentrarnos críticamente en el estado de la cuestión, sus problemáticas, su extensión y sus límites, algo que trabajaremos en el primer capítulo. Las acepciones neuroderecho y profesiones jurídicas nos incumben como profesionales del derecho, porque, en un mundo tan incipiente de conocimiento, el quehacer del jurista se abre también al amplio abanico de posibilidades traído por el paradigma de lo neurocientífico. En la tesis trataremos de ser selectivos en el tratamiento de las categorías esenciales de la epistemología, la ontología y de la filosofía moral.

El enfoque neurocientífico lo emprendemos como foco transversal, debido al tremendo auge que estos estudios han experimentado en las últimas décadas, propiciando el florecimiento de un universo *neuro* tan fecundo. Unas temáticas de estudio que se han extendido con vertiginosa rapidez a todo tipo de ámbitos, como en el mundo del Derecho, que ha provocado una estimulante actividad intelectual desde cualquier ámbito académico que ha fructificado en variadísimas direcciones, interrelacionando disciplinas diversas con una enorme productividad científica, entre las que encontramos unas profesiones jurídicas, ante las que todavía nos queda por explorar mucho en su gran amplitud de posibilidades abiertas, sintiéndose atraídas a formar parte de los ingeniosos enfoques de lo mental y cerebral, en ese gran magma de ebullición multidisciplinar abierto, que es el lugar específico donde nos ha situado este universo tan prolífico y transversal de lo neurocientífico.

Parte de las líneas originarias tomadas en neurociencias han subsistido a la crítica, otras tantas han fructificado en variadas vertientes con un tratamiento cada vez más ingenioso y especializado. En esa apertura del Derecho a lo *neuro* se acuña una etiqueta propia y genuina llamada –Neurolaw–.¹ Esta génesis tan insólita en el mundo jurídico,

¹ Nota sobre citación: las citas que aparezcan en el texto a excepción de los textos citados en su lengua de publicación, la gran mayoría de las citas serán de las traducciones castellanas en la edición utilizada, la cursiva que aparezca en el entrecomillado de las citas será mía y las traducciones propias, que hagamos serán indicadas.

Conforme a los datos de la *MacArthur Foundation Research Network on Law and Neuroscience* desde el año 1984 hasta el 2000 las publicaciones en lengua inglesa en *neurolaw* eran unas 50, desde el año 2.000 hasta el 2017 pasaron a ser 1.700, [fuente obtenida en la web oficial de la fundación,

supone un acercamiento imparables del Derecho a lo novedoso, un hecho tan común en ciencia, pero, que en el Derecho sobrepasa con creces los límites tradicionales de la ciencia jurídica. En el quehacer ético del jurista, la visión crítica que traemos a colación, se abre a una nueva dimensión para el ejercicio práctico del Derecho, que desde lo *neuro* se vislumbra como un horizonte nuevo a pergeñar, para nada desdeñable en sus exploraciones, más si cabe al trasladar el enfoque de tratamiento del cerebro y lo mental, en el ámbito de lo racional y lo emocional, al plano de los juicios valorativos y las motivaciones, es decir, llevarlo a una perspectiva que trasciende de lo empírico a lo moral, sobre todo, cuando nos dedicamos a estudiar el ejercicio cotidiano de la práctica de los juristas, desde el conocimiento de los sistemas éticos y lo moral, y siendo conocedores, de que el actuar de los juristas implica unas enormes responsabilidades.

El tema *neurolaw* en la práctica jurídica lo trataremos a varios niveles: uno introductorio, para situarnos en el estado de la cuestión, explorando su nacimiento, la evolución y las problemáticas suscitadas en sus inagotables debates, muchos de cuales son tan conflictivos que todavía siguen latentes e irresolubles. En el capítulo segundo abordaremos un delineamiento más específico relativo a la ética aplicada y la deontología profesional de los juristas, a través del eje transversal y vertebrador de lo mental que se da en los juicios y la psicología implicada en los mecanismos racionales de las decisiones. En ese devenir enfrentamos los dilemas encontrados en los supuestos prácticos –con un trato específico del reconocido instituto de la *objeción de conciencia*, que en los juristas en determinadas ocasiones, les supone una gran disyuntiva entre lo legal y lo personal–, dotando a los diferentes apartados propuestos de una visión más completa de algunas de las problemáticas abiertas, en el análisis de la experiencia comprensiva del jurista o la formulación del juicio moral y pragmático, que veremos en clave habermasiana.

Toda una focalización de los temas de estudio en la práctica jurídica, que nos conectará con el plano conceptual de la última parte del trabajo acerca de la verdad, la validez y la justicia en el Derecho, respecto de los grandes temas propuestos de juicio y responsabilidad moral, tratadas a través de las aportaciones hermenéuticas de autores fundamentales en la materia como Hans-Georg Gadamer y Paul Ricoeur, a partir de los

cuales trataremos de establecer filosóficamente una conexión ética en la práctica jurídica. Entre medias para llegar a ese gran bloque final utilizaremos como puente el capítulo tercero, referido a la teoría de la argumentación, que en su especialidad jurídica, nos proporcionará herramientas acerca de cómo entendemos y utilizamos el lenguaje en los momentos prácticos con los demás, su lógica, dialéctica y retórica, que se dan en una comunicación intersubjetiva de los juristas y en un entorno cognitivo específico, visión que nos aportará un marco rico en utilidades técnicas para identificar lo que serían malos argumentos.

Todos estos enfoques que delimitan los temas más atractivos que hemos seleccionados en neurociencia, en términos de cerebro –no sólo, empíricamente observado, sino, también, racionalmente analizados en sus juicios y responsabilidades–, afectan en gran medida el quehacer cotidiano de los profesionales del derecho. Por ese motivo, afrontamos una aproximación a la forma de comprender en su actuar, dentro del foro público. Un proceder que requiere de una racionalidad jurídica, que nos transporta en el derecho práctico a unos condicionantes cognitivo-valorativos muy peculiares, en un frágil equilibrio, entre el subjetivismo que reduce lo moral a la conciencia individual y lo objetivo, representado por la universalidad de lo normativo, que pretendemos tratar desde la racionalidad comunicativa.

Uno de los elementos fundamentales que resaltaremos en el derecho y lo moral, conforme a las aportaciones hermenéuticas de Hans-Georg Gadamer será la categoría del *prejuicio*, la cual, nos ayudará a entender la forma de experimentar, hermenéutica y cognitivamente hablando del profesional del derecho en la estructura de la comprensión, –más concretamente en su especialidad de *hermenéutica jurídica*–; otro nivel de estudio lo encontraremos en la relatividad de lo narrativo de los valores o incluso en la abstracción de la metafísica de la persona, que podemos encontrar entroncada con la ontología del diálogo y el lenguaje, una forma particular de tratar las problemáticas, tanto en la ciencia, en general, como en la ciencia jurídica, la teoría del derecho, la filosofía del derecho o la teoría de la argumentación jurídica, en particular.

Nuestra forma práctica de encarar tales problemas será a través de la experiencia hermenéutica del jurista, poniendo, el comprender a la persona –experta o perito en leyes– entre los focos de valores con la ayuda de las aportaciones de Paul Ricoeur. Con este

tratamiento, pretendemos servirnos de la mediación entre el sujeto y el mundo experiencial del Derecho, dentro del paradigma del lenguaje, su estructura lógica, su significado y su uso práctico como utilidades. Algo que, en la función teleológica del Derecho, nos da las claves de la estructuración institucional y dinamizadora de la sociedad. Estos principales temas de nuestra investigación nos permitirán adentrarnos en los significados históricos afectos a la comprensión y los usos del lenguaje jurídico bajo ciertos parámetros de racionalidad, los cuales están en una constante construcción narrativa de los sentidos prácticos que seleccionamos acerca de *lo justo*. El complemento *ético* de todo este despliegue en los autores tratados lo encontraremos en la aportación de la estimativa de la reciprocidad, algo que tratamos de demostrar y que nos capacita moralmente como profesionales del derecho, en una acción lingüística racionalmente elaborada que encuentra en su aplicación una virtualidad transformadora de la sociedad.

Metodología

En relación a todas estas motivaciones expuestas, el estudio propuesto pretende ser filosófico y transversal, en la pluralidad de los contenidos abordados, de una forma descriptiva y crítica, al explorar temas de ciencia jurídica, entrelazados con la filosofía, en el hilo conductor de lo mental y la neurociencia. El estilo adoptado implica un alto grado de especialización técnica en la aproximación a las terminologías y categorías propia del derecho, de la neurociencia y la filosofía. Entonces, la herramienta metodológica utilizada para la interpretación del material bibliográfico será la *hermenéutica*, en dos de sus variantes más comunes: la hermenéutica crítica y la hermenéutica enraizada a la facticidad de la vida.

1. Hermenéutica Crítica

Puesto que la interdisciplinariedad de la *ética aplicada* la reclama, apreciando en ella un verdadero potencial para revisar el estatuto de las ciencias sociales e históricas².

² J. CONILL. (2010): *Ética Hermenéutica*. 2ª ed., Tecnos, Madrid, p. 203.

Porque, inspirados en una de las líneas expuestas por Paul Ricoeur “lo característico y genuino de la nueva hermenéutica es su carácter filosófico y su rigor crítico [...] el momento de la restauración —del sentido— coincide con el momento de la crítica.”³ Esta actitud la utilizaremos para actualizar las tradiciones conforme a los intereses interpretativos que mostremos de nuestro material de estudio. Esta ciencia de la interpretación, nos permitiría como sujeto experimentador dar un tratamiento *crítico* del material bibliográfico propuesto, analizando el impacto de las *neurociencias*, desde su generalidad más introductoria hasta las especialidades más concretas. Una de ellas es el *neurolaw*, una disciplina que nos permitirá dar forma al análisis crítico que supone el proceso de investigación, desde el punto de partida del presupuesto ontológico del *sujeto-objeto* experimentador de estudio, en la *experiencia* vivida de un profesional del derecho, que aprovecha una aproximación interpretativa a los elementos involucrados en la práctica jurídica, y enfrenta esta labor a las tradiciones filosóficas, ayudado por la selección de tres de los exponentes contemporáneos más relevantes en la materia: Heidegger, Gadamer y Ricoeur.

La aportación de Heidegger, metodológicamente, será provechosa en su herramienta del *des-ocultamiento*, es decir, acercándonos a lo no contado, lo oculto, tratando de ver si la neurociencia construye su edificio de conocimiento sobre cimientos sólidos, es decir, si provee de un terreno firme al edificio del saber que está construyendo. Ese proceder requiere de una mirada hacia atrás, retrospectiva, en la tradición, hurgando de afuera a dentro en las estructuras de lo dicho, acerca del cómo se dice lo que se dice en *neurolaw*, acerca de cómo se viene produciendo la comunicación en la práctica jurídica y cómo la puede explicar el fenómeno neurocientífico.

La apertura que estamos experimentando a un fenómeno tan irreductible como el neurocientífico sólo es posible practicarla sobre la base de una *pre-comprensión* del mismo, la cual se revela como inadecuada si conduce a distorsiones y encubrimientos, o adecuada, si es fecunda en el sentido de tener fuerza suficiente, como para abrir el fenómeno que se quiere comprender, no sólo al criterio absoluto de la evidencia empírica, tan característico de las ciencias experimentales, sino a un hacerse cargo de la radical

³ P. RICOEUR. (1982): *Finitud y Culpabilidad*. Trad. C. Sánchez, Taurus, Madrid, p. 492.

finitud e historicidad de todo esfuerzo cognoscitivo, algo que nos ha transmitido la visión crítica de la filosofía. Estamos ante una apertura cognitivo-mental y existencial en la que los profesionales del derecho interactúan constantemente indagando, buscando e interpretando el Derecho, ya que, el que se comprende en cuanto a profesional no se comprende tan solo a sí mismo –en sí en cuanto a sí⁴–, sino que se proyecta en posibilidades de sí mismo con los demás. Una de esas posibilidades es la de un jurista temporal, interpretado por la *hermenéutica* críticamente en su historicidad, en una constante reconstrucción de la narrativa de su idealidad, que al expresarla, pretendemos hacer ciencia jurídica a partir del análisis de su actuar comunicativo, en el magma de ebullición de lo mental y lingüístico, en lo normativo y universal, y en los lugares específicos donde los juristas interactuamos en esa realidad psico-social fenomenológica llamada práctica jurídica.

Por otro lado, la tarea crítica, también, nos servirá para realizar un análisis acerca del cómo se viene produciendo la comunicación argumentativa de los juristas, al tratar de comprender los trasfondos técnicos en los que se interpretan los contenidos y los cuales se expresan mediante las formas retóricas más comunes y específicas del Derecho. Todo ello, en los *entornos cognitivos* específicos, es decir, aquellos *auditorios* jurídicos, que estudiaremos en la concepción de Chaim Perelman, generados en un foro público tan particular como es el de la práctica jurídica.

2. *Hermenéutica enraizada a la facticidad de la vida*

Ésta será la otra variante metodológica hermenéutica a utilizar, puesto que en la concepción existencial y vivencial asumida por el sujeto-objeto experimentador “el filosofar fenomenológicamente es un marchar junto con la vida.”⁵ En el viraje hermenéutico de la comprensión que la ciencia experimenta, de lo *mental* y el *cerebro*, en su implicación profesional, supone que no podemos limitarlo a un estudio

⁴ Ante la imposibilidad de acceder al *ente* natural tal y como se presenta -cosa, persona, cerebro-, la comprensión como posibilidades nos proyecta al *ser* de la ciencia tal y como lo representa.

⁵ O. PÖGgeler. (1983): *El camino del pensar de Martin Heidegger*. Trad. Félix Duque Pajuelo, Alianza, Madrid, p. 75.

exclusivamente interpretado en parámetros de un cerebro orgánico, en cuanto *ente* empírico, es decir, explicado en términos biologicistas, químicos o morfológicos, amparados en las muestras orgánicas, bioquímicas, neuroimágenes, etc. Una línea de estudio como la preminente que, tan solo apoye sus conclusiones en la información aportada por la autoridad de ese cientificismo, en sus convenciones, en el peso de la admiración de sus instrumentales y en sus metodologías de estudio experimentales triunfantes, es un devenir científico que suele olvidar los elementos de la subjetividad de su interpretación y la radical finitud e historicidad de todo esfuerzo cognitivo.

En este paradigma ontológico estamos ineludiblemente arrojados al terreno de la *facticidad*, por eso, la fenomenología y con ello, los fenómenos neurocientíficos, se abren a la interpretación intersubjetiva de la práctica jurídica. Nuestro enfoque particular pretende vincularlos a la *hermenéutica*, convirtiendo la historia acontecida en un hilo conductor de lo narrativo. En tal proceso tratamos de entender esos fenómenos desde la mirada hacia atrás del profesional del derecho en la tradición, en las fuentes de autoridad del derecho practicado, siendo estos elementos pre-constitutivos de su comprensión, es decir, los que determinan su ejercicio actual, ya que, esos prejuicios se dan en el relato presente de las conveniencias de sus formas y las posibles perspectivas de su quehacer en la conformación de las conveniencias de su futuro.

Por todos estos motivos la *hermenéutica de la facticidad* de la vida profesional se convierte en una experiencia auténtica, a partir de la cual podemos extraer numerosos ejemplos prácticos ilustrativos, particularmente, clarificadores de nuestra forma de operar en el Derecho, y además, estos elementos que sistematizamos son puestos en diálogo con las tradiciones de la ciencia, de lo moral y del derecho, para tratar de ver que nos aprovecha de ellas, es decir, manejarlas, seleccionadas, conforme a un influjo motivacional de preferencias y vocaciones del investigador, que ineludiblemente habrá de ser un proceso de síntesis y orientación de sentidos en el manejo bibliográfico.

Una de las limitaciones que encontrarán los lectores del trabajo, al tratarse de un tema general, será la falta de tratamiento de una forma más pormenorizada de un tema central. Este inconveniente es debido, principalmente, a que el *neurolaw* es una disciplina muy novedosa y, más si cabe, en la especialidad de las profesiones jurídicas, algo que no se puede acotar de forma sencilla en su estado actual, ni delimitar de forma mucho más

minuciosa, al ser un terreno todavía bastante ibnoto el que está por explorar. También, parece otro inconveniente contrario a los tradicionales estándares académicos de los estudios doctorales, el de no trabajar un autor único y específico a partir del cual abordar los temas planteados aprovechando sus aportaciones de una forma más pormenorizada, que explora una hipótesis o cuestión sobre él a modo monográfico. De antemano, disculpen ese aspecto deficitario de nuestro trabajo, que pudiera hacerlo parecer excesivamente pretencioso y desdibujado, por su acercamiento demasiado genérico a las profesiones jurídicas, así como a los temas propuestos de estudio, que hemos llevado a esos grandes autores utilizados, y de los cuales, ya cada uno de ellos, podría suponer un estudio específico y pormenorizado, pero, esa pretensión, quizás, tan grandilocuente, que se desprende a primera vista de nuestro trabajo, no ha sido tal, ni en las lecturas previas, ni en los actos preparatorios, disculpen esa molestia que dificulta su comprensión y su encaje entre los estándares académicos más reconocidos, pero, la novedad del estudio propuesto nos ha empujado a una actividad que ha tenido que ser bastante imaginativa.

Objetivos

Objetivos generales

En la labor de encontrar para el jurista una guía de utilidad inspiradora para su labor, asumimos una de las tareas de la filosofía práctica que encarna la Escuela Filosófica de la Universidad de Valencia, es decir, una vertiente ético-práctica, siempre presente de los fenómenos sociales, la cual, entendemos que heredera una función crítico-social valiosísima que nos permite “construir un saber acerca de la sociedad que trate de sacar a la luz la racionalidad de los procesos sociales, desenmascarando a la par lo que de irracional hay en ellos.”⁶ Tal vocación crítica hemos tratado de hacerla efectiva en nuestro trabajo a través del estudio concienzudo y pormenorizado de muchas de las incógnitas y disfunciones del derecho práctico, intentando a su vez “descubrir los fundamentos

⁶ A. CORTINA. (2008): *La Escuela de Francfort. Crítica y utopía*. Síntesis, Madrid, p. 41.

normativos que hacen posible una crítica transformadora,⁷ que en el caso concreto del Derecho, supone explorar la función justificativa de una labor con unas grandes responsabilidades sociales.

En este orden de tareas propuestas trataremos de comprender la forma de hacer *neurolaw* y sus posibles implicaciones en la práctica jurídica, partiendo de unos perfiles de actuación difusos, dentro del gran magma multidisciplinar imperante en este mundo neurocientífico tan complejo y de constante evolución. Ese influjo científico requerirá de una continua evaluación de sus fundamentos u horizonte de sentido, adaptados a los estándares metodológicos del momento histórico actual en sus diversas vertientes investigativas. Un objetivo planteado que se tratará de alcanzar trabajando a partir de la *experiencia comprensiva* del jurista, su tradición y sus referentes teórico-prácticos en las ciencias jurídicas vigentes.

Ante tales propósitos, en clave metodológica, utilizaremos algunas preguntas cuyos cuestionamientos e intentos de resolución nos permitirán construir el cuerpo del estudio para llegar a las conclusiones. Nos viene a la cabeza, las preguntas acerca de: ¿Cómo viene asimilándose el fenómeno neurocientífico en el Derecho? o la de ¿Qué enfoques de interés podíamos tomar para abordarlo en las profesiones jurídicas?

Estos cuestionamientos tan generales conviene abordarlos críticamente, primero, desde la neurociencia, en general, después, desde la neuroética y el neuroderecho, como disciplinas prácticas, que van de lo general a lo particular, teniendo en cuenta la tremenda implicación de algunas de sus orientaciones en los derechos y obligaciones de los ciudadanos. La inclusión de la metodología neurocientífica, dentro de los estándares de la ciencia contemporánea es un requisito necesario, aunque, no suficiente a tener en cuenta desde el punto de vista de la justificación moral.

Al hilo de esos cuestionamientos generales, otras preguntas útiles adicionales versarían sobre el clásico problema acerca del valor epistémico de las investigaciones neurocientíficas: es decir, ¿Si la complejidad del cerebro podría reducir su comprensión a una experimentación empírica concreta? ¿Cuál sería el encaje de toda esta nueva

⁷ *Ibid.*, p. 57.

retórica neurocientífica en el acervo pre-comprensivo, terminológico y conceptual de la filosofía?. Además, ¿Podríamos hablar, por ejemplo, de una neurodialéctica, una neurorretórica, una neurocomunicación o de una neuropragmática o una neuropragmadialéctica?

La *crítica hermenéutica* nos permite adentrarnos de forma incisiva en estos temas, por un lado, podemos interpretar el impacto sufrido tras el surgimiento y la evolución de una disciplina tan novedosa como el *neurolaw*. Además, por otro lado, podemos, también, testear, históricamente, cómo se hace el *neurolaw*, para que un estudio interdisciplinar propuesto como el de este trabajo, nos permita en la investigación analizar no sólo, cómo argumentan neurocientíficamente los profesionales del derecho en el ejercicio cotidiano de su profesión, sino, también, cómo se construye la retórica de lo *neuro*.⁸ En un discurso neurocientífico actual que está siendo aplicado ya al Derecho y necesita de una merecida crítica.

Objetivos específicos

Estas problemáticas generales abiertas en el mundo neurocientífico que estamos tratando de enfocar desde la perspectiva *neurolaw* y las profesiones jurídicas nos sugieren otras cuestiones más concretas, cuyos intentos de resolución conformarán la estructura esencial de la parte específica de la investigación. La primera:

¿Cómo podrían los nuevos descubrimientos neurocientíficos aclararnos algo sobre la conformación de juicio moral del jurista?

Sus respuestas estructurarán la primera y la segunda parte del trabajo:

1. En esa *primera* parte, para obtener una respuesta razonada se requerirá de un rastreo concienzudo del nacimiento de esta disciplina tan novedosa llamada *neurolaw*, que ha nacido a través de constantes saltos multidisciplinares, ejemplo, de la *neuroética* más amplia y general, hacia el *neuroderecho* más

⁸ Cfr. J. JACK & L. G. APPELBAUM. (2010): “‘This is your brain on rhetoric’: Research directions for neurorhetorics.” *Rhetoric Society Quarterly*, 40, (5), 411-437.

concreto y específico, con tantos posibles virajes de concreción como acepciones colonizadas por prefijo *neuro*.

2. El *segundo* objetivo es tratar de conformar a partir de la respuesta ética y deontológica de los juristas, un punto de vista jurídico-institucional de *responsabilidad*, en el *quehacer* práctico cotidiano que desempeñan los profesionales del derecho. Unos operadores jurídicos, que se encuentran, deontológicamente, fuertemente vinculados al *corpus* de normas, principios y valores, respecto de los cuales, cada vez se intensifica más su carácter obligacional. Por ello, el jurista necesita auxiliarse de salvaguardas instrumentales proporcionadas por el propio ordenamiento jurídico. Una de ellas es la *objeción de conciencia*, cuyo *juicio moral*, previo al actuar, en clave habermasiana, gira entorno al cálculo pragmático de la *razón instrumental – rechnerische denken–*, que, en el conocimiento y los intereses en juego, prioriza los motivos para la acción.

Al tratar de racionalizar jurídicamente su actuar la investigación nos llevará a dialogar, valga la redundancia, con las tradiciones dialógicas y retóricas clásicas, es decir, estudiar, cómo operan sus discursos, sus formas de argumentar, tratando de evaluar la retórica empleada, para que, sea apropiada a los contextos y auditorios prácticos del Derecho conforme a las exigencias racionales actuales. Esa orientación nos meterá de lleno en el sesgo filosófico contemporáneo del giro lingüístico, comunicativo y pragmático, desarrollado en el capítulo tercero desde la teoría de la argumentación y la argumentación jurídica, que trabajaremos a partir de autores como (Jürgen Habermas, Robert Alexy, Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, Stephen Toulmin o Frans van Eemeren y Rob Grootendorst). Tratando de extraer todos aquellos elementos que podamos sintetizar en uno de los estudios más específicos propuestos, con el fin de enriquecer el conocimiento de su ejercicio cotidiano práctico.

3. La última parte del trabajo, la del capítulo cuarto, en una línea más personal y propositiva, abordaremos un diálogo con la hermenéutica filosófica y jurídica (Hans-Georg Gadamer, Jürgen Habermas, Paul Ricoeur) donde la perspectiva humana vivencial del *ethos*, será uno de los aspectos esenciales a resaltar,

pues, el cómo comprendemos todos estos fenómenos afecta al cómo somos y, ambos, al cómo actuamos moralmente responsable en la práctica jurídica.

En este sentido, la meta-reflexión en su versión más crítica desde el punto de vista de la filosofía resulta útil como método de encarar el *neuroderecho*, en la práctica jurídica también en el supuesto de proceder a revisar los fenómenos sociales que afectan al Derecho, sea críticamente y en diálogo con la filosofía, sus tradiciones y sus categorías.

Estructura de la tesis

El primer capítulo es una aproximación al neuroderecho que se desarrollará en varios epígrafes relativos a la génesis, su relación con la filosofía y la pluralidad epistemológica, los problemas del enfoque dominante de la psiquiatría legal y forense, para acabar con el papel de las emociones en la motivación y el juicio.

En el capítulo segundo, trataremos el juicio y la responsabilidad moral en el campo de la ética y la deontología profesional. En sus epígrafes iniciales la introduciremos, es decir, trataremos sus conceptos claves, además de parte de su conformación orgánica y regulativa en el sistema jurídico español, mostrando algunos de los conflictos y dilemas morales ante los que se enfrentan sus profesionales, con ejemplos prácticos ilustrativos, en los que veremos en qué términos se pone en juego el juicio moral del jurista, acabando el capítulo con el ejemplo de la técnica de la *ponderación*, uno de los procedimientos racionales más reconocidos para las decisiones judiciales.

En el capítulo tercero se trata de estudiar el impacto que en la argumentación jurídica han supuesto los giros lingüístico, argumentativo, pragmático y retórico de la argumentación. En este inciso abordaremos el análisis de algunos de los razonamientos que utilizan los juristas, en sus discursos jurídicos dialécticos, donde confrontan constantemente opiniones y pretensiones en Derecho, desde las tres artes clásicas, en una ilustración, con ejemplos y autores tratados en los diferentes epígrafes propuestos: en la *lógica*, con pretensión de analizar y evaluar el argumento, ofreciendo criterios de *validez*; desde la perspectiva *retórica*, centrados en el proceso mismo de argumentar jurídicamente, en la función de su *eficacia* para persuadir; pero, desde la perspectiva

dialéctica, tratando de aproximar el Derecho a la reconstrucción de un diálogo crítico ideal en los procesos de argumentación persuasiva, donde, en el giro argumentativo de la filosofía y la razón comunicativa, en la perspectiva ética de estos procesos, encontramos valiosos elementos implicados para la práctica del Derecho que afectan a sus profesionales.

El cuarto y último capítulo recogerá algunas de las aportaciones esenciales de la hermenéutica que hemos podido extraer en clave jurídica y ética de la filosofía de Gadamer y Ricoeur. En unos pocos epígrafes muy sintéticos, pero, bastantes clarificatorios, en los que trataremos de conectar en un sentido más particular nuestras pretensiones iniciales, es decir, las problemáticas suscitadas por nuestros cuestionamientos en la práctica jurídica, con una pretensión de corrección ético-racional que veremos en esta parte final para poder llegar con todo ese bagaje a las conclusiones, aprovechando un mayor conocimiento de causa de las resoluciones que hemos ido tomando, dando forma y razones a lo largo de todo el trabajo para sustentar nuestras tesis.

Capítulo 1

DE LA NEUROÉTICA AL NEURODERECHO

Este primer capítulo estaría dedicado al origen, la evolución y la problemática epistemológica y metodológica surgidas entorno al *neurolaw*, una disciplina tan novedosa, que sigue suscitando con su impacto numerosas dudas en la reflexión filosófica. De esta forma veremos en los subsiguientes epígrafes los elementos introductorios a la materia y su enfoque dominante, el de la psiquiatría legal y forense, así como el papel de un tema tan sugestivo como el de las emociones, conectando estos temas seleccionados a modo preparatorio de los grandes temas especializados en Derecho y filosofía que trataremos en los subsiguientes capítulos.

1.1 De la génesis a su evolución interdisciplinar

Desde las primeras publicaciones aparecidas en *neurolaw* hasta prácticamente la actualidad, la gran mayoría de sus artículos publicados han utilizado una nomenclatura bastante definitoria de las preocupaciones latentes en esta disciplina, tales acepciones son familiares para un lector no especializado: criminología, psiquiatría, ciencia forense, derechos, privacidad, intimidad, juicio, prueba, evidencia, testifical, polígrafo, neuroimágenes, etc. Las mismas constituyen todo un amplio catálogo de términos que entrañarían una gran complejidad en su profundidad de abordaje, pero, en la apreciación de su trasfondo encontramos un cariz bastante definitorio de las temáticas y las inquietudes despertadas en *neuroderecho*.

En estas últimas décadas incluso los estudios neurocientíficos han puesto sus focos de atención de una forma más especializada en temas de *psicología jurídica*, tratando de auxiliar empíricamente al sistema judicial en la determinación de la responsabilidad criminal. Este enfoque ha propiciado la proliferación de una literatura *neurolaw*, en temas tan sugestivos como la *neurobiología* del comportamiento humano, la cual trata de estudiar los estados mentales subyacentes a las acciones delictivas, recogiendo un amplio catálogo de patologías en lo que se ha llamado una criminología biosocial y una psiquiatría biológica,⁹ que ha marcado el panorama actual del neuroderecho.

Una labor depositada en el experto en psicología jurídica forense, el cual trata de adentrarse en el estudio del cerebro en diferentes niveles: por un lado, en el sustrato biológico, es decir, en el componente genético y celular que conforma el complejo elenco de circuitos neuronales; por otro lado, tratando de analizar la interacción de esas estructuras biológicas, las producciones químicas y los cambios físicos que vienen operando en el entorno psico-social, que es el espacio cognitivo donde interactúan comunicativamente los individuos.

⁹ Cfr. J.A. CHANDLER, N. HARREL & T. POTKONJAK. (2019): “Neurolaw today. A systematic review of the recent law and neuroscience literature.” *International Journal of Law and Psychiatry*, 65, 2.

Este panorama visual dibujado por los estudios neurocientíficos supera con creces los límites inicialmente marcados por los estudios en criminología y psiquiatría forense, y permite al neuroderecho adentrarse en los ámbitos de las ciencias sociales y las humanidades, cuya interdisciplinariedad les permite subrogarse el perfil *neuro*, algo que les abre unas conexiones inagotables con una gran diversidad de otras muchas disciplinas, que siguen sintiéndose atraídas por el mundo neurocientífico. Enumerando algunas de las más conocidas encontramos: neuroeconomía, neuromarketing, neuroeducación, neuropolítica, neurorretórica, neuroética, neuroestética, un sinfín de disciplinas, muchas de ellas clásicas, imbuidas en la contemporaneidad de un prefijo que las acerca a una determinada forma de comprender los mecanismos cerebrales.

Este *factum* científico viene alentado por la ingeniería aplicada al cerebro, las técnicas pioneras en *neuroimágenes* y el clásico debate libertad o determinismo.¹⁰ Un boyante optimismo que prolifera con grandes expectativas, sobre todo con técnicas de ingeniería cerebral no invasivas –o agresivas–, las cuales, permiten una prospección novedosa del estudio neurofisiológico de las propiedades del cerebro humano. Entre las más destacadas encontramos la resonancia magnético-funcional (fMRI)¹¹ o la tomografía por emisión de positrones (PET); ambas permiten ofrecer visiones novedosas del cerebro en neurofisiología, neuroanatomía, psiquiatría y ciencias cognitivas o de conducta. Una tecnología aplicada a las ciencias del cerebro, la psicología, la psiquiatría y otras ciencias experimentales que buscan, entre sus tareas, una forma de representar las bases cerebrales de los estados mentales, ya sean congénitos o provocados por reacciones o intervenciones físicas o químicas en el organismo.¹²

¹⁰ Cfr. F. RUBIA. (2011): “El controvertido tema de la libertad.” *Revista de Occidente*. 356, (8), 5-17.

¹¹ La más precisa permite ante estímulos mostrar imágenes coloreadas por una medición de tipo magnético sobre el nivel de oxígeno en sangre, a mayor oxígeno mayor intervención de neuronas destacando en la coloración la parte del cerebro que más trabaja.

¹² Véase la técnica terapéutica de la *neuromodulación* que permite modificar o armonizar la actividad nerviosa mediante agentes químicos farmacológicos, eléctricos o mecánicos TMS o *transcranial magnetic stimulation*, aplicados sobre las estructuras neuronales a fin de provocar respuestas biológicas naturales, con una amplia bibliografía de referencia, algunas de las más reseñables, Cfr.; A. T. BARKER, R. JALINOUS and I.L. FREESTON. (1985): “Non- invasive magnetic stimulation of the human motor cortex.” *The Lancet*, 1, 1106-1107; B. J. ROTH and P. J. BASSER. (1990): “A model of the stimulation of a nerve fiber by electromagnetic radiation.” *Biomedical Engineering*, 37, 588-597; L. HELLER and D. B. VAN HULSTEYN. (1992): “Brain stimulation using electromagnetic sources: Theoretical aspects.” *Biophysiology Journal*, 63,129-138; R. J. ILMONIEMI, J. RUHONEN and J. KARHU. (1999): “Transcranial Magnetic

Una práctica alentadora que despierta grandes expectativas, por ejemplo, en el derecho penal ha estudiado cómo esos avances científico-técnicos pueden nutrir de utilidades empíricas al órgano decisorio en Derecho,¹³ por ejemplo, en derecho penal pudieran ser acreditando o desacreditando testificales, afectando a medidas cautelares, involucrando estados mentales patológicos que legitiman o desautorizan la concurrencia de eximentes o atenuantes en materia de responsabilidad.

El escepticismo ante tal despliegue en el sistema judicial español hace mantener las cautelas. El uso del polígrafo y los escaneos del cerebro siguen ofreciendo numerosas dudas en nuestro entorno de países afines en cultura judicial, frente a cualquier intento de aislar en casos concretos la complejidad de la mente. Por ello, el elemento *neuro* con un desarrollo más avanzado nos podría ofrecer una amplísima amalgama de posibilidades en ciencia y práctica jurídica, no sólo mediado por la ingeniería neurocientífica sino, también, en el plano de la justificación psiquiátrica de una acción penalmente responsable o desde un análisis racional del uso del lenguaje, la comunicación y el entorno cognitivo de los foros públicos en los que los interlocutores del Derecho despliegan sus discursos.

Por ello, para nuestro estudio resulta interesante plantear un bloque de estudio acerca de las predisposiciones cognitivo-mentales de comunicación en las que se desenvuelven los juristas ya que, éstos son los actores principales del proceso dialógico intersubjetivo que se despliega en la acción lingüístico-aplicativa del derecho. En numerosos tipos de interacciones posibles en las que se contienen un aspecto mental

Simulation (TMS). A new tool for functional imaging of the brain.” *Biomedical Engineering*, 27, 241-284; L. NIHAUS, B. U. MEYER, T. WEYH. (2000): “Influence of pulse configuration and direction of coil current on excitatory effects of magnetic motor cortex and nerve stimulation.” *Clinical Neurophysiology*, 111, (1), 75-80; E. M. WASSERMANN, S. H. LISAMBY. (2001): “Therapeutic applications of repetitive transcranial magnetic stimulation: a review.” *Clinical Neurophysiology*, 112, (8), 1367-1377; T. YASUO and U. YOSHIKAZU. (2002): “Basic mechanisms of TMS.” *Clinical Neurophysiology*, 19 (4), 332-343; A. ZANGEN, Y. ROTH, B. VOLLER and M. HALLETT. (2005): “TMS and deep brain regions: Evidence for efficacy of the H-Coil.” *Clinical Neurophysiology*, 116, 775-779; M. D. FOX, R. L. BUCKNER, H- LIU, M. M. CHAKRAVARTY, Andrés M. LOZANO, and A. PASCUAL-LEONE. (2014): “Resting-state network link invasive and noninvasive brain stimulation across diverse psychiatric and neurological diseases.” *National Academy of Sciences*, 111, (41), E4367-E4375; Y. ROTH, Y. LEVKOVITZ, G. S. PELL, M. ANKI and A. ZANGEN. (2014): “Safety and characterization of Novel Multi-Channel TMS Stimulator. Brain Stimulation.” *Brain simulation*, 7, (2), 194-205.

¹³ Encontramos un estudio pormenorizado que analiza 27 casos prácticos del uso de neuroimágenes en juicios tanto en América como en Europa, *cfr.* G. M. GKOTSI, J. GASSER and V. MOULIN. (2019): “Neuroimaging in criminal trials and the role of psychiatrists expert witnesses: A case study.” *International Journal of Law and Psychiatry*, 65.

relacionado con el juicio, la comunicación, la dialéctica y la retórica, dignos de estudiar en los capítulos siguientes, una de las formas de hacerlo será dialogando con la tradición para ver que nos aprovecha de ella.

Un hecho incuestionable es que a partir del gran auge de las neurociencias, lo *neuro* está de moda, la profesora Adela Cortina nos dice que:

“el saber neurocientífico es transversal [...] estudiar las bases cerebrales de nuestra forma de saber y obrar es dar con el núcleo del quehacer humano en todas sus dimensiones.”¹⁴

En el mundo del derecho y de las ciencias jurídicas las grandes expectativas son acordes a la dimensión abierta por la dinámicas de efervescencia científica actual, así se ha alimentado la voracidad divulgativa de todo lo adornado con el prefijo *neuro*, en el embriagador anhelo de una utopía científicista, que intenta descifrar las bases cerebrales del comportamiento humano ayudado por la imaginería cerebral y otros instrumentales tecnológicos, tratando de extraer de ellas conclusiones prácticas. Éste es un prisma de investigación que va más allá del clásico interés mostrado por las academias del derecho en la comprensión de las fuentes, su justificación, el sentido y la tecnificación de la creación y aplicación del derecho, que tradicionalmente han tendido a perfeccionar su estudio en criterios de eficacia y justicia. La acuñación de una etiqueta propia llamada *neurolaw* abre las expectativas del derecho a esa gran fe depositada en este paradigma científicista.

En ese gran parangón abierto por el universo *neuro*, los primeros estudios más concienzudos visualizaron un espacio por colonizar de utilidad muy esperanzador para el derecho penal y los estados mentales funcionales o disfuncionales influenciados por deseos y creencias en el trasfondo de la intencionalidad, las predisposiciones o los planes,¹⁵ para la acción consciente o inconsciente que implica la responsabilidad moral o legal del sujeto, para explorar con ese enfoque los posibles mecanismos en lenguaje científico forense, capaces de explicar la motivación o la causalidad subyacente al juicio de culpabilidad frente a la comisión de determinados delitos.

¹⁴ A. CORTINA. (eds.). (2012): *Guía Comares de Neurofilosofía Práctica*. Comares, Granada, p. 1.

¹⁵ S. J. MORSE. (2010): “Lost in translation? An essay on law and neuroscience.” In Freeman M. (eds.)” *Law and neuroscience, current legal issues*, 13, Oxford University Press.

Un posible nacimiento del *neuroderecho* lo encontramos en el correlato lógico que va desde la generalidad más abarcante hasta las especialidades más concretas, al abrigo del auge de las ciencias cognitivas y su amplia interdisciplinariedad extendida, excepcionalmente, desde la medicina a las humanidades en un proceso que a su vez va desde la *neuroética* a las ciencias jurídicas y sociales. La *neuroética* la encontramos en la década de los 80s,¹⁶ con algunos usos terminológicos aislados propios de lo que luego vendría a ser una disciplina de estudio concreta con su propio cuño, esos sí, sin formar parte en sus inicios de una unidad global de discurso, aspecto que ya quedó perfilado en las décadas posteriores.

Uno de los momentos de inflexión más conocidos es el famoso Congreso de Neuroética celebrado en San Francisco en mayo del año 2001, organizado por las Universidades de Stanford y California, donde se estableció formalmente un bautismo de fe con un espíritu renovado que pretendía crear un frente de acción común globalizado.¹⁷ En dicha Convención se dio carta de naturaleza a la multidisciplinariedad reinante que habría de imperar en las subsiguientes décadas y que dotaría de una gran autoridad global a lo que estaba por venir. De esta forma la neuroética se abrió paso creciendo exponencialmente en estudios y publicaciones alrededor de temas y metodologías tan estimulantes que no podían pasar desapercibidos para el mundo del Derecho, aunque, paradójicamente, al igual que lo ocurrido en los albores de la neuroética, los primeros estudios en neuroderecho también se remontan a momentos anteriores a dicho Congreso en estudios muy concretos y diseminados.¹⁸

En cambio, frente a la gran dispersión de la literatura científica en *neurolaw* a lo largo del siglo pasado, la psicología jurídica o forense se ha mantenido bastante activa en influyente en sus círculos de utilidad práctica, destinada, principalmente, al estudio y uso ante los tribunales de todo tipo de enfoques y utilidades, utilizando diversas combinaciones terminológicas que determinaron sus campo de acción: en el mundo

¹⁶ A. CORTINA. (2011): *Neuroética y Neuropolítica. Sugerencias para la educación moral*. Tecnos, Madrid, p. 26.

¹⁷ *Ibid.*, p. 25.

¹⁸ Cfr. J. J. GARCÍA. (2013): "El Neuroderecho y el impacto de las Neurociencias como nuevo paradigma para la filosofía del Derecho." *Bioética, Neuroética, libertad y Justicia*. Comares, Granada, pp. 919-931.

anglosajón, más concretamente en el estadounidense, la terminología imperante fue *Psychology and Law*; en el ámbito europeo *Forensic Psychology*; en nuestro ámbito castellano, se suelen utilizar las nomenclaturas *psicología forense*, *psicología criminal* o *psicología judicial* aunque, últimamente, por la gran amplitud de posibilidades a las que abre su estudio, se ha venido consolidando en los ámbitos académicos la acepción *psicología jurídica*, cuya funcionalidad práctica, principalmente, ha estado destinada a desarrollar en psicología general una especialidad que pudiera interactuar con el derecho y la criminología, aprovechando todas sus modalidades, es decir, desde las clínicas y experimentales, hasta las psicológicas psico-social, cognitivas, evolutivas, conductuales, etc. Este campo de estudio abierto requiere, por supuesto, un alto grado de especialización en medicina legal, si se pretenden hacer prescripciones psiquiátricas que afectan a los procedimientos judiciales.¹⁹

En la década de los 90s, seguimos encontrando trabajos seminales en *neurolaw*, por ejemplo, en el año 1991, Taylor Sherrod en la revista *Neuropsychology* tituló un artículo, *Neuropsychologists and Neurolawyers*,²⁰ dedicado, principalmente, a temas que relacionaban las lesiones cerebrales y sus implicaciones judiciales. En estos primeros estudios se fue dando cobertura a una génesis conceptual y terminológica, que tras el determinante impulso del famoso Congreso de San Francisco y numerosos esfuerzos subsiguientes especializados en revistas de la talla de “Neuroethics”, o instituciones de calibre internacional de la Dana Foundation o MacArthur Foundation, o Universidades e Institutos como la National Core for Neuroethics de la Universidad British Columbia en Vancouver o el instituto The Wellcome Oxford Centre for Neuroethics de la Universidad de Oxford, se conforman los circuitos principales de divulgación en un frente imparable de investigación neurocientífica, que en Derecho ha permitido una extensa proliferación en los circuitos de divulgación científica del panorama bibliográfico Internacional, principalmente en habla inglesa.

¹⁹ F. FARIÑA, R. ARCE y M. NOVO. (2005): “¿Qué es la Psicología Jurídica?” Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense, *Colección Psicología y Ley*, Xunta de Galicia, 1, 9-20.

²⁰ T. J. SHERRON, H. J. ANDERSON and E. TYRON. (1991): “Neuropsychologists and Neurolawyers.” *Neuropsychology*, 5, (4), 293-305.

Este proceder divulgativo de la neurociencia abre el *neurolaw* al juego constante dialéctico de opiniones, asentimientos, réplicas y contra réplicas; un proceso dialéctico común que forma parte esencial del quehacer científico en nuestro marco científico contemporáneo. Lo que se consigue bajo este proceder es expandir una disciplina incipiente, al mismo tiempo que se tratan de definir y asentar sus perfiles en el diálogo creacional Internacional, con una retórica adaptada a la técnica comunicativa científica imperante, de corte articulista, dentro de los usos divulgativos comunes que se dan en la mixtura de ciencias empíricas y ciencias sociales y jurídicas.

El *neurolaw* es una realidad que representa un universo simbólico de amplias posibilidades, plasmadas en la encomiable vocación de estudiar el por qué y el cómo de la afección mental en el mundo del Derecho.²¹ Incluso en estos tiempos tan abrumadores de vastísimo material divulgativo, los retos avanzan al compás del interés por un tema tan sugestivo como la comprensión de la motivación de las acciones humanas, donde la reflexión filosófica es muy significativa y prolífica en el terreno del *juicio moral*, la comunicación, el lenguaje, la retórica, las emociones y la humanización de la práctica jurídica. Estos elementos de estudio que se suman a los debates clásicos, abriendo el universo *neuro* a cuestiones relativas a la creación, interpretación y aplicación del Derecho; con ello estamos tratando de dar explicaciones plausibles a la conexión entre la realidad social de hechos del mundo factual con las consecuencias jurídicas mediadas por el lenguaje en el proceso comunicativo.

En este sentido, algunos autores defienden que las implicaciones de las neurociencias son tanto conceptuales, es decir, teóricas, como empíricas,²² aplicables a tres dominios de estudio claramente distinguibles y combinables entre sí: el primero, conectado con la aplicación del Derecho; el segundo, referido a la doctrina legal, entendida en el sentido de si las investigaciones neurocientíficas ayudan a explicar, justificar, criticar o mejorar el sistema legal;²³ y, la tercera aplicación, es la referida a las implicaciones, *a priori* más filosóficas en teoría del derecho, que intentan ver cómo las

²¹ Una breve historia de la evolución del neuroderecho la encontramos en O. R. GOODENOUGH & M. TUCKER. (2010): "Law and Cognitive Neuroscience." *Annual Review of Law Social Science*, 6, 61-65.

²² Cfr. D. PATERSON and M. S. PARDO. (2016): *Philosophical foundations of law and neuroscience*. Oxford University Press.

²³ *Ibid.*, p. 4.

investigaciones neurocientíficas afectan a conceptos de gran relevancia en la tradición filosófica: libertad, acción, mente, conocimiento, intención y moralidad.

Todo este vasto horizonte abierto no podemos abordarlo sin dejar de lado el hecho de que, en este proceso de creación de conocimiento, no se puede llevar a cabo a través de estructuras estancas, así que hemos de tener presente la tremenda interdisciplinariedad, en la que algunos elementos de discusión pueden involucrar los tres niveles de reflexión expuestos. Esto mismo sucede con bastante frecuencia en el campo de la reflexión filosófica, ya que puede afectar a los tres niveles, sea desde dentro de la propia disciplina, respecto a sus perspectivas de desarrollo y metodologías de estudio, o desde fuera con una reflexión crítica de los fenómenos normativos en el plano de la justificación, en diálogo con las tradiciones filosóficas, veamos algunas de sus implicaciones filosóficas.

1.2 El *neurolaw*: una disciplina abierta a la reflexión filosófica

En esa labor encomendada a la filosofía, a parte de estas disquisiciones generales, cuando nos centremos en ámbitos más concretos del Derecho, la incursión del *neurolaw* en el panorama neurocientífico internacional ha supuesto un gran impacto en los ámbitos de divulgación científica anglosajones. La ciencia jurídica se ha visto obligada a calibrar dicha incursión, una encomienda de reflexión que la filosofía del derecho asume entre sus tareas, tratando de esclarecer el significado y el sentido del Derecho en relación con el cerebro.²⁴ Un equilibrio dirimido entre sus versiones más analíticas y la tradición ontológico-cognitiva, que en su versión fenomenológica-hermenéutica permite entrar de una forma diferente en el aspecto mental. Por un lado, nos da pistas de la forma en que comprenden subjetivamente los profesionales del derecho al experimentar dichos fenómenos; por otro lado, se abre un amplio panorama de problemas metodológicos con respecto a la fiabilidad de los contenidos ofrecidos por la neurociencia. En ese arduo clima de problemáticas latentes, toca pensar acerca de la incursión de las emociones y los sentimientos –sean morales o no– cuestiones complejas acerca de si éstos pudieran ser, simplemente, epifenómenos de la relación de distintos sistemas neurobiológicos.²⁵ Las tradiciones filosóficas son demasiado valiosas como para perderlas de perspectiva, nos siguen siendo útiles para la investigación, a través de ellas tratamos de ver cómo tienen lugar: primero, la interpretación de los textos legales, por parte de los profesionales, algo esencial en la práctica jurídica; segundo, la mirada histórico institucional nos ayudará a ver cómo se ha perfilado y se proyectan las figuras de esos profesionales del derecho, en alguno de los sentidos concretos que nos interesen rescatar.

Los intérpretes técnicos del derecho, es decir, sus profesionales, son los artífices de los usos prácticos recogidos por el ordenamiento. Su actividad requiere de una deliberación o juicio profesional frente a los conflictos sociales con los que ha de lidiar.

²⁴ J. J. GARCÍA. (2013): “El Neuroderecho y el impacto de las Neurociencias como nuevo paradigma para la filosofía del Derecho.” *Bioética, Neuroética, libertad y Justicia*. Comares, Granada, pp. 919-931.

²⁵ A. CORTINA. (2011): *Neuroética y Neuropolítica. Sugerencias para la educación moral*. Tecnos, Madrid, pp. 25-ss.

En ese sentido, Diego Gracia nos habla de una morisprudencia,²⁶ al igual que hay una deliberación moral descrita por Aristóteles en varios pasajes de su *Ética de Nicómaco*, también nos encontramos en la práctica cotidiana ante la necesidad de deliberar de los médicos, los políticos, los educadores, los jueces y demás profesionales del derecho. Ese proceder es una actitud que enriquece en excelencia ética al profesional.

Análogamente a todas estas dudas suscitadas sabemos que en toda reflexión que intente adentrarse desde el *neuroderecho* en la relación del hombre con las normas, el tema de la libertad y el determinismo son ejes centrales. Los sistemas normativos sólo tienen sentido si el interlocutor es capaz de comprender, tanto las normas como las consecuencias jurídicas acarreadas por éstas en relación a unos hechos en el análisis del paradigma hermenéutico-cognitivo de la comprensión. En todo caso, en relación con esa comprensión específica se genera un dilema acerca de si éste es libre para escoger y actuar, obedeciendo o infringiendo para ello las normas.²⁷ Veremos más adelante un caso práctico, que confronta la autonomía personal –libertad de creencias– y los deberes generales de obediencia –amparados por el principio de legalidad–, es el supuesto de la *objeción de conciencia*, un derecho constitucional largamente discutido en la doctrina constitucional en los últimos cuarenta años de vigencia de nuestra Constitución.

²⁶ Cfr. Prólogo en P. F. HOOFT. (2005): *Bioética, Derecho y ciudadanía*. Temis, Bogotá.

²⁷ A. CORTINA. (2011): *Neuroética y Neuropolítica*. *op. cit.*, pp. 152 y ss.

1.3 La epistemología neurocientífica y la pluralidad metodológica

Ante cualquier camino emprendido en *neurolaw* que pretenda hacer una reflexión crítica, un foco imprescindible de estudio versaría sobre la epistemología neurocientífica, pudiendo abordar sus problemáticas a partir de una pluralidad de enfoques –sea especulando, sobre su naturaleza o fundamentos o testeando su alcance o elucubrando sobre sus posibilidades futuras–. Al insertarnos en un estudio *neuro* se abre un amplio campo de oportunidades en el sentido latino del término *op-portunitas*, esa ciencia que se está gestando, si la representamos en la metáfora de un barco en travesía, a veces la neurociencia tiene pretensiones demasiado altas –su tecnología le imprime confianza– pero, al examinar ese fenómeno neurocientífico desde las tradiciones filosóficas y sus categorías, ofrecemos refugio y abrigo ante los avatares de la travesía. La neurociencia no debe caer en una única reflexión sobre fines y sentidos, sino, también, reflexionar sobre los medios éticamente aceptables en su afectación valorativa de derechos y libertades en juego. Los ejemplos posibles que vamos descubriendo en los avances de la neurociencia ya no son sólo ciencia ficción. La pretensión de que los hallazgos sobre las bases cerebrales de presuntos criminales se pudieran utilizar como criterios universales para investigar, discriminar, enjuiciar sospechosos, clasificar o denegar, por ejemplo, la entrada en un determinado país en los controles aduaneros; o la atracción de posibles votantes en neuropolítica o consumidores de productos con las técnicas del neuromarketing y una neuroretórica sofisticada en su persuasión. Éstos son algunos de los posibles ejemplos que ya se están dando y afectan a nuestras vidas, una neurociencia utilizada para conseguir determinados fines ahonda en el sentido de realizar una reflexión profunda en neuroética acerca de los derechos, que puedan haber en juego con un uso indiscriminado o manipulativo de los avances en neurociencia.

Si la neurociencia se consideró desde sus inicios una ciencia llena de oportunidades, los vientos propicios que la impulsan hacia sus presuntos destinos la sitúan en una envidiable posición de ventaja frente a otras naves de conocimiento –el método y el desarrollo de la tecnología está a su favor– para dar respuestas a las clásicas cuestiones sobre la naturaleza y el funcionamiento de cerebro. Algunos de sus peligros vienen de un

posible interés estratégico y manipulativo, que pueda apropiarse de ese conocimiento para fines espurios propios de la mercadotecnia, allanando una técnica de control de las tendencias sociales, entre los elementos que permiten detentar el poder, el consumo, una educación dogmática, el voto, etc., con el manejo de la información y la retórica social. También este fenómeno viene sustentado por un cientificismo desenfrenado, atraídos por los cantos de sirena que desorientan el discurso racional, puesto que la fe del método experimental de verificación, los métodos de cuantificación, los grupos de control en las experimentaciones, los ensayos o las muestras prueba-error, son algunas de las metodologías posibles imperantes en ciencia, cada vez practicadas con mayor ahínco de fines y menor auto-reflexión interna de medios. Frente a ello la filosofía tradicional y demás literatura especulativa le muestran el peligro de adentrarse en los terrenos de la inoportunidad.

El sentido epistemológico originario de la neurociencia vino de sus orígenes asociados a la familia común de las ciencias médicas y, más concretamente, en la cercanía a una visión, que trae sus raigambres de una tradición clásica de medicina griega. Ésta, ya nos mostró una gran distinción del saber de la naturaleza, no fisiológica, una *tekhne iatrike*, es decir, “un saber hacer, sabiendo por qué se hace lo que se hace,”²⁸ que incluso la psiquiatría originaria, fruto de la ilustración y desgajada de la filosofía, utiliza las palabras como “logoterapia” para combatir los males del espíritu en los diagnósticos humorales y de la bilis. Esta técnica ancestral, al tomar el camino cientificista, se ahuyentó de la metafísica y lo sobrenatural, llegando los clásicos diagnósticos de los males del espíritu a una psiquiatría clínica, que acabo guiándose por los síntomas y los signos clínicos, en una visión de los trastornos psíquicos. Este método auspiciado por una *epistemología empírica*, para tratar de encontrar los componentes orgánicos del disturbio, así como una intervención sobre ellos basada, principalmente, en un método terapéutico que siendo, también, empírico, viene sustentado en un gran registro de esos signos observables. Este proceso compilatorio fruto de la ciencia empírica viene ahora reforzado en su análisis y diagnóstico por la maquinaria neurocientífica, que provee de una imagería y de un método de cuantificación que les permite a profesionales o científicos

²⁸ P. LAÍN-ENTRALGO. (1995): Prólogo al *Corpus Hippocraticum*. Vol. I. Trad., revisión y notas Ana Gómez Rabal, MRA, Barcelona, p. 6.

experimentales, en su quehacer cotidiano, “sistematizar su saber en clasificaciones sindromales y aunar pragmáticamente métodos terapéuticos.”²⁹

Por otra parte, ese gran corpus de signos, diagnósticos y métodos terapéuticos que se está implementando en las ciencias médicas, viene reforzado por el incremento de los métodos computacionales en la época del *big data* y de la inteligencia artificial, algo que también ocurre en disciplinas tradicionales como la literatura, la historia, la filosofía o el derecho, en las que se introducen las tecnologías digitales, los sistemas algorítmicos o los softwares.³⁰ Este desarrollo de la técnica y las sofisticación nos permite encontrar instrumentales que profundizan de una forma más precisa en esa visión, y están cambiando a gran velocidad toda la forma de hacer y entender la neurociencia pues, ahora, permiten al investigador archivar, sistematizar y analizar la información disponible de una forma más eficiente, convirtiéndola en un bien cotizado no sólo para los institutos científicos, sino, también, para las corporaciones y los Estados más interesados en otras dinámicas instrumentales intra-sistémicas.

Todo este material nos mete de pleno en una dinámica ineludible a la que difícilmente podemos poner frenos, una senda de trabajo propuesta que se ve desde un doble haz: el del progreso científico tan loable y, el del poder y el dinero, motor con menos aceptación social, a pesar de ser digno de estudiar. Si realizamos nuestra labor de filósofo práctico crítico, es decir, la de racionalizar y testear su impacto sobre los derechos personales y sociales en la era de la “digitalización humana,”³¹ podemos aportar algo de luz para clarificar todo este panorama tan incierto.

La base de esta pluralidad metodológica está en las habilidades humanas innatas –sea entendida ontológica o psicológico-cognitiva, es decir, la predisposición humana a indagar, sistematizar y organizar–. Por un lado, estas predisposiciones nos llevan a establecer un control y una manipulación del medio a partir de los datos; por otro lado,

²⁹ J. VALDÉS-STAUBER. (2000): “Pluralidad metodológica en psiquiatría.” *Psicothema*, 12, (2), 546.

³⁰ T. UNDERWOOD. (2019): *Dear Humanists: Fear not the digital revolution. Chronicle of Higher Education*. [<https://www.chronicle.com/article/Dear-Humanists-Fear-Not-the/245987>May 9, 2019].

³¹ N. Z. DA. (2019): *The digital humanities debacle: Computational methods repeatedly come up short. The Chronicle of Higher Education*. [<https://www.chronicle.com/article/The-Digital-Humanities-Debate/245986>May 9, 2019].

avanzamos con la tecnología digital en las capacidades de organizar y sistematizar toda esa información, obtenida por observación directa o por la mediación del instrumental. Los métodos utilizados en ciencia nos permiten llegar a las concreciones para extraer, inductivamente, principios y normativizar, a partir de estas observaciones universalizables identificadas como mecanismos normativos. Así es como hacemos posible el proceso de normativización en ciencia que tiende hacia lo general y universal, una de sus explicaciones nos la da Ernst Cassirer, en lo que considera la actitud general de la mente científica, ejemplificado en un tratado médico en óptica, el *Treatise on Physiological Optics* de Helmholtz:

“El proceso de nuestra comprensión con respecto a los fenómenos naturales es que tratamos de encontrar *conceptos generales y leyes de la naturaleza*. Las leyes de la naturaleza no son más que conceptos genéricos para los cambios de la naturaleza [...] por esto, cuando no podemos reducir los fenómenos naturales a una ley [...] cesa la posibilidad de concebir tales fenómenos.

Sin embargo, debemos tratar de concebirlos. No existe otro método para colocarlos bajo el control de la inteligencia. Y así, al investigarlos, tenemos que proceder sobre el supuesto de que son inteligibles. De acuerdo con esto, la ley de la razón suficiente no es, en realidad, más que el apremio de nuestra inteligencia para colocar todas nuestras percepciones bajo su propio control. No es una ley de la naturaleza. Nuestra inteligencia es la facultad de formar conceptos generales.”³²

La síntesis racional que reduce los fenómenos naturales a una teoría descriptiva universal es común en el proceder neurocientífico, a pesar de que esta tendencia naturalizadora de los fenómenos esté amparada en una lógica silogística extraída de la observación de evidencias probabilísticas de repetición entre los fenómenos del mundo. En terminología de esta ciencia con orígenes en las ciencias médicas, serían las mencionadas clasificaciones sindromales y terapéuticas que, por ejemplo, la tecnología de la imaginería cerebral pretende captar y nosotros interpretar para extraer universalidades, creando el corpus o acervo neurocientífico, dispuesto a ser compilado, difundido y enseñado. Desde la crítica filosófica y la visión ética de la ciencia, entendemos que ha de ser un conocimiento abierto y no franquiciado u ocultado a la gran comunidad científica general, en el espíritu universalista de la ciencia.

³² E. CASSIRER. (2011): *Antropología filosófica. Introducción a una filosofía de la cultura*. 2ª ed., Trad. Eugenio Ímaz, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 322-323.

La imagen, el texto, los signos, la fórmula, los datos, los ensayos, todo el material directamente observado empíricamente y sus comentarios explicativos son parte de las expresiones más reconocidas en la retórica neurocientífica, muestra de la concreción deseada para una ciencia temerosa de caer en la dispersión e inconcreción que envuelve a muchos de los procesos y mecanismos naturales fenomenológicamente observados. Ésta es la forma habitual de hacer neurociencia. Vemos, por ejemplo, teorías o tratados sobre los principios de los nutrientes en neurofarmabiología que tratan de explicar las causas genéticas o los nexos o interacciones neuronales de las que se pueden extraer relaciones causales –que la filosofía nos dice que son probabilidades de repetición–, gracias a la observación experimental. El análisis computacional ofrece respuestas cuantitativas, pero, cómo elegir las preguntas correctas, qué información debería ser utilizada, cómo discriminar y guiarnos en la investigación, cómo interpretarla de modo certero o con un determinado sentido concreto.

Estas cuestiones podrían darnos información sobre otros campos o necesitar de esos otros campos para entender esa información, ésta es la gran riqueza interdisciplinar que nos ha traído el horizonte epistemológico de la neurociencia. El acervo científico no son materiales inanimados, compuestos por palabras, números, signos, fórmulas, imágenes, etc., sin contexto, sin una concepción de la ciencia y métodos científicos detrás –hasta la creación de los aparatos que lo muestran y su puesta a punto requiere de muchos conocimientos científicos previos–. El intérprete que lo hace posible necesita apoyarse en un aparato teórico, la ciencia no puede darse en contextos asépticos ni extraída exclusivamente de la tradición que la constituye.

Las dificultades epistemológicas se acentúan con la complejidad de su interrelación con el derecho, las humanidades y las ciencias sociales. Éstas deben ser compañeras de viaje de la neurociencia, con sus métodos propios confrontados a los suyos, en la contribución interdisciplinar del nuevo paradigma comprensivo de la mente y para ver que tradición o categorías se están repitiendo, ampliando u ocultando con otra terminología y recalcar los límites exploratorios de la competencia de cada disciplina; es lo que ocurre con el neuroderecho, la neuropolítica, neuroética, neuroretórica, por poner algunos ejemplos de neologismos que utilizan disciplinas con una gran tradición precedente.

A la fe del método experimental de verificación que ha guiado a la ciencia durante tanto tiempo, le ha salido un duro competidor, la reflexión ético-científica de justificación y los intentos de racionalizar los procesos científicos. Éstos recuerdan, a la pretensión neurocientífica, el sentido de utilidad práctica del conocimiento y su finalidad médica – en los clásicos manuales de bioética,³³ se hablaba de mejorar la salud y las condiciones de vida de las personas–, una racionalidad moral compatible con una racionalidad empírica que caería en un craso error, sí se creyese haber superado el monismo naturalista de la sustancia clásica –unión de lo psíquico en lo orgánico– del dualismo ancestral *cuero y alma* de la razón moderna, arrinconando los problemas clásicos vertebradores de la historia del pensamiento, avasallado por un optimismo empírico descontextualizado y desenfrenado.

Lo que para Descartes y la modernidad del mundo clásico pudo ser “el error de Aristóteles” en el libro XII de la *Metafísica*,³⁴ la reducción de los objetos del mundo a los objetos del pensamiento, autores contemporáneos como Damasio tratan de reconstruir ese eslabón del círculo epistemológico de la comprensión quebrado, que puede volver a unirse en la contemporaneidad al hablar de una modernidad que habría incurrido en “el error de Descartes”³⁵ y, por extensión, el de toda una tradición moderna fenomenológica que, con su posicionamiento dualista, nos hace inexplicables los procesos mentales. Si en la contemporaneidad obviamos la indisoluble unión orgánica, entre los caminos tomados por una neurociencia y su epistemología empírica, que necesita de un examen de racionalidad práctica, estaríamos ante una nueva forma de retrotraernos a un naturalismo biologicista. La neurociencia parece intentar hacer exactamente eso, al poner el cerebro como objeto de pensamiento y creer acceder a su comprensión desde lo mental, obviando gran parte de las implicaciones ineludibles de tal construcción, saltándose de un plumazo los abismos ontológicos que la metafísica y la ontología han pensado inagotablemente a lo largo de la historia del pensamiento filosófico.

³³ Cfr. D. GRACIA. (1989): *Fundamentos de bioética*. Eudema, Madrid.

³⁴ Cfr. ARISTÓTELES. *Metafísica*, XII, 7.

³⁵ Cfr. A. R. DAMASIO. (2001): *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*. Trad. Joandomènec Ros, Crítica, Barcelona.

El *pluralismo epistemológico* nos pone en la cuenta de que una sola vía no es posible para una ciencia del *cerebro* y lo *mental*. No se ha de olvidar la estructura esencial ofrecida por el paradigma onto-fenomenológico: sea cognitivo, antropológico o psicológico, al abrigo de la tradición en que nos situemos, para abordar las ineludibles cuestiones del cómo opera el lenguaje y la comunicación, como condiciones de posibilidad ineludibles de la comprensión, algo crucial en un estudio sobre el derecho práctico ya que, éstas determinan en la intersubjetividad el sentido, el significado y los usos del lenguaje y la comunicación en interacción práctica, siendo éstos aspectos principales interesados en esta investigación.

Los problemas crecen si se añade a esa producción de conocimiento el enfoque del derecho y su práctica cotidiana, en el proceso de institucionalización jurídica, un *corpus* enorme y creciente de normas, conceptos y doctrinas legales, que son creados, en una tradición socio-política y un derecho histórico comparado, para el que existe un debate aireado en el proceso de transposición,³⁶ conceptual y terminológico de los sistemas jurídicos: para algunos autores, es imposible que se desarrolle en identidad de roles,³⁷ en cambio, para otros autores si nos quedamos con una posición intermedia, operando en un proceso de implantación cultural, esa transposición nunca será idéntica en significado, ya que ésta requiere de una preparación de un ecosistema social de transposición en la que se ha de buscar una adaptación evolutiva en la dinámica de las necesidades sociales. Estos actos preparatorios de absorción de las nuevas categorías conceptuales nos permiten crear un sentido de utilidad preparatoria para el receptor en un nuevo sistema institucional, que en la versión ética propuesta para el jurista permite enriquecer el sistema en virtudes profesionales que perfeccionan la prospectiva tecnológica del ordenamiento jurídico.

³⁶ Cfr. A. WATSON. (1974): *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*. University Press of Virginia; A. WATSON. (1978): *Comparative Law and Legal Change*. Cambridge L.J.

³⁷ Cfr. P. LEGRAND. (1997): *The Impossibility of "Legal Transplants"*. Maastricht J. Eur. & Comp; T. GUNTHER. (2001): "Legal Irritants: How Unifying Law Ends up in New Divergences." *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*. Peter A. Hall & David Soskice eds., p. 441, por ejemplo, en este artículo el autor reseña como las instituciones jurídicas no pueden ser tan fácilmente transpuestas de un sistema legal a otro, como ocurre en el derecho contractual inglés al tratar de acoger el principio europeo de la "buena fe" contemplado en una Directiva Europea de 1994.

En este nivel de pluralismo epistemológico que venimos defendiendo una acepción interesante es la que habla de un *derecho cultural*,³⁸ es decir, un sistema legal que no puede ser autónomo, ya que hay que tener en cuenta los contextos sociales e históricos de las instituciones, algo que veremos con la hermenéutica jurídica y las creencias que soportan las prácticas institucionales y las formas de vida social. En ese sentido, hemos de completar la *epistemología científica* –tradicionalmente empírica– con una *epistemología social*, que opera en una cultura al hacer categorías a partir de la propia *experiencia*, que interactúa en una red práctica psico-sociolingüística, con reglas y significados diferentes en los sistemas internos. Por lo que respecta al Derecho, también, con usos y prácticas del lenguaje profesional en las diversas culturas jurídicas en las que nos insertemos, las que, paradójicamente, cada vez con mayor insistencia tienden más a encontrarse en una globalización institucional con principios y valores comunes de origen moral que han migrado a los ordenamientos jurídicos.

³⁸ L. ROSEN. (2006): *Law as Culture*. Princeton University Press; N. LUHMAN. (2004): *Law as a Social System*. Trad. al inglés de Klaus A. Ziegert. Oxford, texto original, L. ROSEN. (1995): *Das recht der gesellschaft*. Frankfurt am Main, Suhrkamp.

1.4 Los problemas de la psiquiatría legal y forense: los dictámenes periciales³⁹

En nuestro avance de estudio de las situaciones prácticas del neuroderecho en la práctica jurídica, al referirnos al ámbito judicial de la psiquiatría legal y forense, los médicos forenses son los especialistas que trabajan bajo el paraguas de los institutos de medicina legal, elaborando dictámenes periciales con un gran reconocimiento en la sustanciación de los procedimientos enjuiciados en sede judicial.

El empirismo operante en su labor –más si cabe, presuntamente imparcial, en relación a los intereses de las partes– ha gozado de gran autoridad ante los tribunales. Estos dictámenes no suelen encontrar otra limitación que la buena fe de su práctica – amparada en la supuesta imparcialidad y la autoridad metodológica– y, por supuesto, en las propias normas garantistas materiales y procesales generales exigidas por el ordenamiento jurídico a las pruebas periciales legalmente constituidas: su congruencia, su pertinencia, su admisibilidad y la trascendencia que pudiera inferir en la fundamentación de las resoluciones, siempre sujeta al libre arbitrio en su valoración por la autoridad jurídica competente en dictaminar.

En esa delimitación de funciones habría que diferenciar, por un lado, entre psiquiatría, en la rama de la medicina cuyo objetivo es estudiar, comprender, valorar, explicar o tratar anomalías o los trastornos del psiquismo que ocurren en la persona; y, por otro lado, hablar de una psicopatología atribuida al estudio científico del análisis y la descripción de los fenómenos y conductas consideradas como anormales, extrañas o poco frecuentes de las vivencias y del modo de vivenciar.⁴⁰ Pero, por mucho que se intenten reducir los fenómenos psíquicos por la ciencia empírica, éstos no son reducibles en su complejidad cualitativamente, ni se pueden medir o cuantificar con precisión ya que, éstos

³⁹ Parte de este estudio fue publicado en el *II Congreso Internacional de Bioética de Valencia*, *cfr.*, J. J. GARCÍA. (2013): “El Neuroderecho y el impacto de las Neurociencias como nuevo paradigma para la filosofía del Derecho.” *Bioética, Neuroética, libertad y Justicia*. Comares, Granada, pp. 919-931.

⁴⁰ J. J. CARRASCO y J. M. MAZA. (2010): *Tratado de Psiquiatría Legal y Forense*. 4ª ed., La Ley, Madrid, p. 91.

son cualitativamente diferentes, es decir, no se repiten de idéntico modo, son únicos, acontecen en un momento determinado y en un sujeto determinado, bajo circunstancias concretas y diferentes. Por este motivo, se nos hace difícil entender uno de los límites más comunes de la neurociencia, el silogismo hipotético que infiere de lo único y particular lo que posee validez general o universal.

A pesar de ese inconveniente reconocido en la ciencia cognitiva, se ha intentado describir los fenómenos psicopatológicos, explicar y clasificar sus manifestaciones clínicas, así como valorar la incidencia que los mismos tienen sobre el comportamiento de la persona. El enfoque de estudio relevante por ejemplo en teoría del derecho penal sería revisar todas las alteraciones que surgen o pueden surgir en las diversas patologías, las cuales dan lugar a conductas que inciden o modifican especialmente las bases psicobiológicas sobre las que se sustenta la imputabilidad, es decir, aquellas sobre las que se sustentan la capacidad de conocer, comprender o discernir, así como la capacidad de elegir y de actuar o comportarse de una manera determinada y consciente, ante las que encontramos ciertas responsabilidades morales y jurídicas latentes que se han de conocer y respetar.

El método fenomenológico sigue siendo imprescindible en la psiquiatría clínica forense al ser una vía directa de conocimiento de las formas y las modalidades de los contenidos subjetivos de las enfermedades mentales, que deben basarse en la observación sistemática de las conductas anormales, para que así –junto a otros datos obtenidos de la patobiografía y pruebas complementarias– llegar correctamente al diagnóstico. Por contra a pesar de ser un método válido, éste se presenta insuficiente para intentar comprender y aprehender globalmente a la persona.

Las psicopatologías han de ser abordadas con modelos de estudio y diagnóstico tanto biológicos como psicológicos. En la primera, la experimentación de los *modelos biológicos* atiende a las alteraciones psicopatológicas y los comportamientos anormales que son enfermedades producidas sobre una base orgánica, por el funcionamiento patológico anormal de alguna parte del organismo, en el que los trastornos mentales estarían relacionados con las alteraciones celulares del cerebro. Estas disfunciones pueden ser anatómicas, bioquímicas, genéticas o neurológicas. En cambio, el *modelo psicológico* pretende explicar las conductas anormales, bien porque son aprendidas a

través de las interacciones individuo-ambiente, o bien porque dichas conductas responden a procesos inconscientes o cognitivos.⁴¹

La evaluación en *psiquiatría forense* tiene como objetivo principal en sede judicial proporcionar la información necesaria al juez, fiscalía y las partes mediante una evaluación científica de las anomalías, alteraciones o trastornos psíquicos poniéndolos en relación con cuestiones legales. Esa labor se presenta, principalmente, configurada para auxiliar al órgano encargado en la toma de decisiones con un mayor conocimiento de la persona y sus circunstancias psíquicas que motivan su actuar para dar respuesta al régimen de responsabilidad por culpa consciente que rige en el derecho penal. El soporte que proporciona la psiquiatría forense al auxilio judicial trata de lograr mediante una evaluación solicitada como prueba pericial unos resultados que se expresan en la forma retórica de unos informes, que suelen contener dictámenes y prescripciones, y se les suele exigir que sean ratificados oralmente, puesto que su validez probatoria les exige someterse a los principios de oralidad, inmediación y contradicción que, a diferencia de la evaluación clínica de parte, puede llevarse a cabo a instancia de parte o por petición o imposición de una autoridad judicial.

La utilidad de una evaluación diagnóstica será determinar, desde los criterios técnicos de la medicina legal, si existe o no un trastorno mental, siendo, bajo el principio de libre valoración de la prueba de juzgador la apreciación de unas posibles consecuencias jurídicas, por ejemplo, de las atenuantes o en los casos más extremos la eximente en sus diferentes formas o ausencia de responsabilidad por falta de culpa consciente. De esta forma es como, por ejemplo, en la aplicación del derecho penal las evidencias neurocientíficas de los diagnósticos y su valoración en medicina legal tienen implicaciones directas en el derecho afectando a las consecuencias jurídicas derivadas del caso particular. El juicio empírico afecta al juicio normativo de la doctrina penal sobre la culpa consciente y despliega sus influencias sobre las consecuencias jurídicas previstas por el ordenamiento jurídico, afectando a las obligaciones y derechos de los ciudadanos.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 91-96.

1.5 El *neuroderecho* y la filosofía del derecho contemporánea⁴²

Esta inserción del *neuroderecho* que hemos centrado introductoriamente en algunos puntos problemáticos concretos, ha sido un proceso progresivo que viene afectando de forma gradual a muchos más estamentos del Derecho, entre ellos, uno de los más indicados para reflexionar críticamente sobre este fenómeno es la filosofía del derecho. El impacto de esta disciplina neurocientífica ha revitalizado en los últimos treinta años el progresivo derrumbamiento de las escuelas y los presupuestos que hasta entonces se consideraban consolidados en la *iusfilosofía*, perdiendo bastante pertinencia y utilidad la distinción clásica entre iusnaturalismo, iuspositivismo y realismo jurídico, siendo éstos los rótulos identificadores de las tres grandes tradiciones del pensamiento filosófico jurídico. Este derrumbamiento no significa que hayan desaparecido por completo, sino que van tomando nuevos perfiles adaptados a sus tiempos. Los autores que van entrando en el debate iusfilosófico contemporáneo han realizado una notable ampliación de su ámbito temático abriendo la disciplina a nuevos campos de actuación. En el magma en ebullición de las numerosas concepciones que han proliferado en la filosofía del derecho, existe un acuerdo general en afirmar que las principales tareas de la filosofía y de la ciencia jurídica son dos: por un lado, la identificación del Derecho, por otro, la interpretación de sus preceptos, manteniéndose así las grandes divergencias en cuanto a la ontología y la metodología jurídica.⁴³

Los problemas tradicionales de la disciplina cuyo marco cubría desde la teoría de la justicia hasta la teoría de la ciencia jurídica, o desde la teoría de la norma a la teoría del ordenamiento jurídico, se han ampliado a una numerosa y variada gama de cuestiones, dotadas todas ellas de una elevada especialidad que requiere una aproximación a los flancos propios de la filosofía moral, ora del filósofo de la política, ora del informático,

⁴² Este estudio es parte de un artículo publicado en las actas del *II Congreso de Bioética de Valencia*. J. J. GARCIA. (2013): “El Neuroderecho y el impacto de las Neurociencias como nuevo paradigma para la filosofía del Derecho.” En LÓPEZ FRÍAS, F. J., MORALES AGUILERA, P., SEBASTIÁN SOLANES, R. F., (eds.), *Bioética, Neuroética, libertad y Justicia*. Comares, Granada, pp. 919-931.

⁴³ C. FARALLI. (2007): *La Filosofía del Derecho contemporánea*. Servicio de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, pp. 87 y ss.

del médico, del psiquiatra, del neurólogo, del sociólogo, del lingüista o de los expertos en comunicación, entre otros. El contexto de crisis del positivismo jurídico contemporáneo ha supuesto tanto la superación de la rígida tesis de separación entre derecho y moral, como la apertura del debate filosófico-jurídico contemporáneo a la toma en consideración de los valores ético-políticos,⁴⁴ siendo las variantes que encontramos muy diversas, sin ser exhaustivos destacaríamos las nuevas versiones matizadas de las viejas tradiciones: la teoría constitucionalista, neoconstitucionalista o principialista del derecho, así como la nueva teoría del derecho natural o neoiusnaturalismo.⁴⁵

Entre los constitucionalistas se habla de la positivación de los derechos fundamentales, en tanto que derechos de vigencia inmediata, con la superioridad de la Constitución sobre las restantes fuentes del derecho, amparado en la introducción de los principios constitucionales, así como la necesaria diferenciación entre estos y las reglas. Esta forma tan concreta de entender el Derecho muestra una estela que han seguido autores como Robert Alexy y Ralf Dreier, para quienes la conexión entre el derecho y la moral se argumenta sobre la base del proceso de inclusión de contenidos morales en el Derecho. Una de sus expresiones más notables es la constitucionalización de los principios jurídicos, así como los derechos inviolables de los individuos a los que se le atribuye la condición no sólo de auténtica normas jurídicas, sino, además, de las normas de máximo rango jerárquico.⁴⁶ De esta forma la presencia de los principios en los sistemas jurídicos y constitucionales se traduce en la apertura del Derecho a contenidos morales, a la vez que determina en el derecho práctico el desarrollo de por ejemplo nuevas formas de decisiones judiciales, en las que entra en juego para el profesional la *ponderación* de los distintos principios concurrentes.

Asimismo, la presencia de los principios y la inclusión de componentes morales en el Derecho se ven de este modo relacionadas con la creencia según la cual se pueden obtener decisiones que tengan su fundamento en términos racionales a través de los postulados de la coherencia y la universalidad de las decisiones. Ésta es una tradición

⁴⁴ Para una aproximación a la teoría de valores véase en M. SCHELER. (2001): *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*. Trad. Hilario Rodríguez Sanz, Caparrós, Madrid.

⁴⁵ C. FARALLI. (2007): *La Filosofía del Derecho contemporánea. op. cit.*, pp. 81 y ss.

⁴⁶ R. ALEXY. (1988): "Sistema jurídico, Principios jurídicos y razón práctica." Trad. Manuel Atienza, *Doxa*, Universidad de Alicante, 5, 139-151.

iusfilosófica que ha pretendido superar la rígida separación entre derecho y moral del positivismo estricto, así como las metafísicas de las doctrinas iusnaturalistas del pasado. Pero el deseo de buscar primeros principios no ha terminado, ni mucho menos, lo veremos en las concepciones ontológicas de nuestros autores de referencia, que ha atraído a los filósofos del derecho construyendo teorías afines a esos postulados, alimentando la proliferación a lo largo del siglo pasado de variadas y nuevas versiones del iusnaturalismo, asociadas a esta visión, en la que tradiciones filosóficas dominantes del siglo pasado se han trasladado al Derecho: por destacar algunas de las más conocidas, en las tradiciones fenomenológicas e historicistas podemos hablar de la onto-fenomenología del Derecho de Sergio Cotta o el iusnaturalismo historicista de Guido Fassò.⁴⁷

A pesar de que el filósofo del derecho cuestione los marcos establecidos e intente producir intercambios entre los saberes y las prácticas, nunca se ha terminado de arrinconar del todo los problemas iusfilosóficos, no sólo en materia de justificación, donde mayores problemas ha presentado históricamente esta tradición, sino, además, siendo difícil evitar que consciente o inconscientemente se teorice acerca de un posible derecho ideal y racional, en el que no sólo se resaltan las virtudes epistémicas de esas nuevas etiquetas, sino que, en un mundo moral, en el que los valores se descubren y se trabajan,⁴⁸ resulta imposible mantener una neutralidad axiológica. Nuestros intereses, creencias y valores, todos esos elementos propios del subjetivismo moral, reactivan el valor axiológico del *prejuicio* y la *autoridad*, categorías que veremos con Gadamer y nos ayudan en la interpretación, que en el Derecho suele descansar, primero, en el corpus legal y la jurisprudencia, después, también, en las nada desdeñables tradiciones jurídicas, en la doctrina legal y la ciencia jurídica, lo moral; es otra fuente de normatividad esencial que no podemos relegar.

En estos tiempos de tanto repertorio de teorías, doctrinas e influencias conceptuales, se pone de nuevo en cuestión la distinción con la que Norberto Bobbio en la segunda mitad del siglo XX inauguró la filosofía del derecho contemporánea “a la

⁴⁷ C. FARALLI. (2007): *La Filosofía del Derecho contemporáneos. op. cit.*, p. 81 y ss.

⁴⁸ Para una aproximación a la ciencia del valor véase por ejemplo *cfr.* J. ORTEGA Y GASSET. (1966): “Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?.” 6ª ed., *O.C., Revista de Occidente*, Madrid, 6, 315-335; A. CORTINA. (ed.), (1996): *¿Qué son los valores? Un mundo de valores*. Generalitat Valenciana.

forma de hacer teoría y ciencia jurídica: al estilo de los juristas frente al estilo de los filósofos.”⁴⁹ Un olvido sistemático del Derecho que Habermas comparte y en el prefacio de su obra cumbre en derecho y política, *Facticidad y validez* nos menciona que “no es casualidad que la filosofía del derecho en los casos que todavía busca el contacto con la realidad social, haya emigrado a las facultades de derecho.”⁵⁰

El *neuroderecho* nos da mucho que pensar en variadísimos temas: psicología, ontología, epistemología, axiológicas, en filosofía moral, etc., alentando esos anhelos de hacer filosofía del derecho al estilo de los filósofos frente al de los juristas. Una vez puestos los avances técnicos al servicio del estudio de las bases biológicas del cerebro, ¿Cómo podrían estos experimentos conformar nuestra manera de pensar el derecho y operar en él? Si una de sus funciones esenciales es desentrañar la relación entre las normas y sus destinatarios. Los avances técnicos han traídos unas pretensiones renovadas, la dificultad estriba en tratar de aclarar la relación entre el derecho y el cerebro, lo orgánico con lo mental-racional; el Derecho es una creación de esa ingeniosa capacidad creativa del pensamiento. Los abismos ontológicos siguen existiendo, la explicación cae en lo fenomenológico, en la opinión y la probabilidad frente a la convicción en ese devenir, que no es de regresión, sino, de tratar de reinterpretar, pues nos empuja a repensar los fundamentos de lo que constituye esa ciencia.

El ensimismamiento en las nuevas metodologías neurocientíficas de corte empirista que están siendo llevadas a cabo en la encrucijada empírico-descriptiva de la relación del *cerebro* –en cuanto órgano biológico y el ser mental racional– con el *Derecho* creación de la actividad mental racional, presenta un estudio limitado si nos ceñimos a un solo enfoque. La ampliación a la reflexión filosófica busca fundamentar o justificar racionalmente la actividad jurídica y eso no lo puede encontrar por si solo un paradigma científico de corte naturalista. Encontramos en esta perspectiva un sentido renovado en filosofía del derecho, al tratar de encontrar interconexiones neurocientíficas en la comprensión del Derecho, pero hemos de estar atentos a la duda de si no supondría ello,

⁴⁹ N. BOBBIO. (1962): “Nature et fonction de la Philosophie du Droit.” *Archives de Philosophie de Droit*. pp. 6 y ss.

⁵⁰ J. HABERMAS. (1998): *Facticidad y validez*. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, p. 57.

quizás, como nos dice la profesora Adela Cortina, que estuviéramos ante un paso ilegítimo “desde un es cerebral a un debe moral.”⁵¹

⁵¹ A. CORTINA. (2011): *Neuroética y Neuropolítica. op. cit.*, pp. 72-76.

1.6 El papel de las emociones en las decisiones del jurista

La encrucijada neurocientífica sigue envolviéndonos en complejas cuestiones que tratamos de desentrañar con gran desazón por la dificultad de su resolución. Las emociones básicas –miedo, amor, odio, esperanza, gratitud, admiración, orgullo, arrepentimiento, etc.–⁵² suponen un tema de tratamiento bastante sugestivo para la filosofía. Tratamos de rastrear las posibles motivaciones que subyacen a nuestra actividad, sea a partir de los efectos que nos provocan en términos más estrictamente reactivos o instintivos, es decir, menos pensadas o, por el contrario, ajustando la actividad cerebral a un proceso más juicioso, que tiene lugar tras el procesamiento racional de la información, desde una carga de procesamiento más reflexivo y vehemente.

La visión más empírica de la motivación en la acción contempla un mecanismo que parte de la premisa asentada en neurociencia acerca de que se necesita una estructura orgánica previa a la acción. Así es como surgen muchos de los enfoques de estudio neurobiológicos, desde las ciencias médicas y la neuroanatomía biológica. Estas concepciones consideran que nuestro sistema nervioso es una red o estructura biológica que se extiende a lo largo de nuestro organismo, conectando los órganos de percepción de esos estímulos –en la forma de datos sensoriales,⁵³ (Austin, 1981) u otras entidades vicarias que median entre el pensamiento y el mundo conforme nos situemos en el debate epistemológico– con el órgano que los procesa y gestiona, transformando la percepción o estímulos en conocimiento, en el *cerebro* racional.

⁵² Un estudio del juicio moral del jurista no podemos tan solo circunscribirla a un proceso guiado por el pensamiento racional y sus instrumentos de lenguaje jurídico-técnico en el proceso de comunicación legal, ya que, en él también inciden procesos emocionales, *cfr.* A. R. DAMASIO. (1994): *Descartes' error: emotion, reason, and the human brain*. New York Grosset/Putnam; A. R. DAMASIO, T. J. GRABOWSKI, A. BECHARA, H. DAMASIO, L. B. PONTO, J. PARVIZI, R. D. HICHTWA. (2000): “Subcortical and cortical brain activity during the feeling of self-generated emotions.” *Nat Neuroscience*, 3, 1049-1056; J. D. GREENE, R.B. SOMMERVILLE, L. B. NYSTROM, J.M. DARLEY, J.D. COHEN. (2001): “An fMRI investigation of emotional engagement in moral judgment.” *Science*, 293, 2105-2108; J. HAIDT. (2001): “The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment.” *Psychol Rev*, 108, 814-834.

⁵³ *Cfr.* J. L. AUSTIN. (1981): *Sentido y percepción*. Trad. Alfonso García Suarez, Tecnos, Madrid; M. García-Carpintero. (2001): “Sense Data: The Sensible Approach,” *Grazer Philosophische Studien*, 62, 17-63 y (2002): “A Vindication of Sense-data,” en C. U. Molinés y K.-G. Niebergall (eds.). *Argument und Analyse*, Mentis, Paderborn, 203-224.

En alguna de las aproximaciones descriptivas desde las tradiciones precedentes, lo específico comienza cuando empezamos a hablar de un sentido por excelencia, la *percepción*, entre las formas más primaria y directas de obtener conocimiento sobre el mundo, aparte de los largos y tendidos debates epistemológicos con diversas teorías:⁵⁴ idealismo, realismo, fenomenalismo, causalidad, internismo-externismo, etc. Lo que interesa desde el análisis orgánico en la afección al juicio de responsabilidad, entre ellos, el moral y jurídico, es que estamos estructurados en un organismo *sintiente* y que captamos tanto estímulos provenientes del mundo físico como del humano, que nuestro procesamiento innato puede transformar en emociones que afectan a nuestro estado de ánimo y motivan muchas de nuestras acciones.

En teoría del conocimiento y epistemología nada es concluyente y definitivo, sobre todo cuando entra en el debate el tema de los estímulos y motivaciones de la acción. Su proyección actual ha generado una interesante literatura científica al respecto. Uno de los más sonados en el panorama neurocientífico actual fue el del *marcador somático*,⁵⁵ cuyas investigaciones pretendieron determinar la existencia de *estímulos* desencadenantes de nuestras emociones. Por ejemplo, el *miedo* surgido como respuesta afectiva emocional se despliega, según estas teorías, en una medida temporal de milisegundos, en el debate de la existencia o no de una estructura o predisposición previa a la reacción de una consciencia, en el clásico debate entre determinismo o libertad. Independientemente de esas dudas generadas por un debate demasiado complejo de abordar por profanos en la materia, lo que nos interesa es que estos estímulos se somatizan y trascienden a la experiencia psicológica, que traduce esa información, por un lenguaje descriptivo-fenomenológico que intenta explicar lo que nos pasa, el *por qué* de nuestros desequilibrios

⁵⁴ Es un debate clásico en epistemología que desde Platón en la modernidad toma un punto álgido en las diferentes investigaciones sobre el conocimiento humano desarrolladas en insignes filósofos de la modernidad: Descartes, Leibniz, Locke, Berkeley, Hume, Kant, etc., un debate que ha continuado en la epistemología contemporánea, entre muchos autores interesados en la materia: J. L. AUSTIN. (1981): *Sentido y percepción*. Trad. Alfonso García Suarez, Tecnos, Madrid; D. ARMSTRONG. (1973): *Belief, Truth and Knowledge*. Cambridge University Press, Cambridge; H. KORNBLITH. (ed.), (2001): *Epistemology: Internalism and Externalism*. Blackwell, Oxford; H. GOLDMAND. (1999): "Internalism Exposed." *The Journal of Philosophy*, 96, 271-293.

⁵⁵ Cfr. A. R. DAMASIO. (1996): *El error de Descartes*. *op. cit.*; recogido anteriormente en el experimento publicado en el artículo A. BECHARA, H. DAMASIO, D. TRANEL. A. R. DAMASIO. (2005): "The Iowa Gambling Task and the somatic marker hypothesis: some questions and answers." *Trends in Cognitive Sciences*, 9, (4), 159-162.

psicobiológicos, si sus causas provienen de los estímulos naturales o de la llamada inteligencia emocional en la que los fenómenos sociales nos afectan, y tratamos de dar respuestas emocionales a los estímulos percibidos.

El procesamiento inteligible algunos autores⁵⁶ lo sitúan en uno de los estadios más básico de la comprensión, en el que ante determinada información sensorial damos una respuesta adaptativa concreta. De ese procesamiento se desprende el papel esencial de las *emociones* en las reacciones más instintivas, por ejemplo, ante la sed o el hambre, sentimos carencias cuantitativas y cualitativas de nutrientes en nuestro organismo, estímulos biológicos que interpretamos como desequilibrios orgánicos, que por la mediación de la actividad cerebral, buscamos sustitutivos en el mundo físico; otra respuesta básica sería la reacción psicosocial de huida ante una situación interpretada de peligro. Las reacciones de respuesta ante algunos de estos estímulos parecen estar muy interiorizadas y necesitan de menos deliberación, mientras que la formación del juicio que pretendemos entender en lo moral no puede entenderse como algo tan simple y reactivo.

El juicio requiere de un nivel mayor de elaboración o inteligibilidad, los milisegundos avanzan en nuestros juicios, sobre todo, en un mayor nivel de complejidad de decisiones. Los juicios en el mundo jurídico de la misma manera requieren de herramientas racionales como la ponderación o valoración, que están afectas al plano de las emociones morales algo mucho más elaborado y cuidado, que influirían más directamente en nuestros juicios morales, algo mucho más controvertido por su componente social e intersubjetivo, al igual que los juicios de valor, asociados con el mundo jurídico.

Las emociones sufridas, el miedo ante la percepción del peligro activa la reacción de supervivencia, o la compasión que, al surgir de la empatía, articula una respuesta social y moral hacia el sufrimiento del otro, son ejemplos que permiten a determinadas concepciones de lo moral entender que al mundo del valor se accede por las emociones,

⁵⁶ Cfr. J. A. KIERNAN. (2009): *El sistema nervioso humano: una perspectiva anatómica*. Wolters Kluwer/Lippincott Williams & Wilkins, Barcelona.

sean éstas entendidas como intuiciones primarias, en la apreciación del valor,⁵⁷ o algo más elaborado,⁵⁸ los cuales las entienden como respuestas inteligentes a la percepción de valor. Lo interesante es que nos ayudan a interactuar entre nuestro mundo inteligible somatizado y los estímulos del mundo exterior captados por la percepción y procesados por la memoria y el conocimiento, que pueden traer consecuencia directamente del mundo físico o de las creaciones e interacciones humanas. Este proceso tiene un componente cognitivo que es también valorativo, íntimamente ligado con lo fisiológico, lo cual, se produce por una reacción inconsciente de un mismo orden ontológico o tras su procesamiento del orden mental.

A esa complejidad estructural orgánica humana del sentir y pensar sobre los sentidos, podemos añadirle otra predisposición estructural del comprender que veremos en capítulos posteriores relacionados al profesional y, en una ontología de lo moral que nos constituye, es decir, la de ser estructuralmente morales. Así lo han entendido autores reseñados de nuestra filosofía moral española,⁵⁹ Aranguren o Cortina, o en el mundo anglosajón Rawls, que califican al ser humano como un ser racional y razonable⁶⁰ o como señala Nussbaum, que habla de una racionalidad práctica,⁶¹ es decir, la capacidad de formarse una concepción del bien y regirse por ella. Esta capacidad deliberativa en *lo moral* nos permite elegir entre las posibles orientaciones de nuestras acciones que, para justificarlas, requieren de una *deliberación*, internamente, en nuestro monólogo interior o externamente con otros sujetos, al tratar situaciones en las que interpelamos, nos interpelan o nos sugestionan, en un marco conceptual de ideas, creencias y convicciones previas. Éste es un proceder que estudiaremos en teoría de la argumentación y la teoría del conocimiento para la práctica jurídica en epígrafes posteriores.

⁵⁷ Cfr. M SCHELER. (2001): *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*. Trad. Hilario Rodríguez Sanz, Caparrós, Madrid.

⁵⁸ Cfr. M. C. NUSSBAUM. (2001): *Upheavals of thought: the intelligence of emotions*. Cambridge University Press, Cambridge; R. de SOUSA. (1987): *The rationality of emotion*. MIT Press, Cambridge-Massachusetts.

⁵⁹ Cfr. J. L. ARANGUREN. (1981): "La realidad constitutivamente moral del hombre: moral como estructura." *Ética*. 7ª ed., Alianza, Madrid, 47-57; A. CORTINA. (1995): "La protomoral. Amoralismo es un concepto vacío." *Ética sin moral*. Tecnos, Madrid, 58-64.

⁶⁰ Cfr., J. RAWLS. (1995): *Teoría de la justicia*. 2ª ed., Trad. María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, Madrid.

⁶¹ Cfr. M. NUSSBAUM. (2011): *Creating Capabilities. The Human Development Approach*. Cambridge, Mass. The Belknap Press of Harvard University Press.

Mientras tanto el proceso de elaboración del juicio moral, para no perderlo de perspectiva en la actividad jurídica, requiere de una educación moral previa: necesitamos educarnos en *emociones morales*, por ejemplo, resultaría valiosísimo insertar en un nivel pedagógico supuestos prácticos reales, que nos generen sentimientos de repulsa y vergüenza, de afección, admiración o compasión, ante determinados acontecimientos, para poder empatizar con los que sufren tales situaciones o aprender de los que las disfrutaban porque, así es como nos solidarizamos con las situaciones injustas e idealizamos las que más nos admiran.

Por otro lado, una educación en *virtudes* también sería deseable; por ejemplo, enfocada en el valor de la *phrónesis*, siempre valiosísima en la práctica al identificarse con la prudencia adquirida en el conocimiento practicado por un sabio con experiencia. El auditorio universal de Chaïm Perelman lo veremos como el deseado para la filosofía, el que reclama esa razonabilidad en un marco de mayor generalidad y universalidad, en el sesgo que tratamos de recuperar intentamos de alertar a los oyentes ideales que no caigan rendidos y se dejen seducir con facilidad, sin previa crítica, por las emociones, formas y contenidos del discurso, sino que se muestren activos, críticos, diligente y atentos a las realidades de los conflictos, a fin de depurar los aspectos oscuros de la deliberación, frente a aquellos oradores perspicaces que sólo tratan de persuadirnos eficazmente buscando nuestra adhesión. El juicio de responsabilidad en la profesión de jurista será de conocimiento, de unos aspectos técnicos que le exigen los estándares de eficiencia y la competitividad de su profesión, pero, además, de una ética de mínimos que la sociedad reconoce en el momento histórico en cuestión en que se lleva a cabo la actividad profesional, (Cortina, 1989).⁶²

La educación en virtudes en una ética de la razón cordial⁶³ (Cortina, 2007 y 2010) y una vinculación a un fenómeno de gran atención en nuestro tiempo, la *ética del cuidado*,⁶⁴ (Domingo, 2013), faculta al ser sintiente a construirse bajo los juicios morales imperantes en la realidad de los demás, gracias a una corrección emocional, en la que las

⁶² Cfr. A. CORTINA. (1989): *Ética mínima*. 2ª ed., Tecnos, Madrid.

⁶³ Cfr. A. CORTINA. (2007): *Ética de la razón cordial*. Ediciones Nobel, Oviedo; A. CORTINA. (2010): *Justicia cordial*, Trotta, Madrid.

⁶⁴ Cfr. A. DOMINGO. (2013): *El arte de cuidar. Atender, dialogar y responder*. Ed. Rialpa, Madrid.

motivaciones son muchas veces involuntarias en la comprensión parcial o errónea de la situación de los demás. Para algunos autores (Blum, 2011), para que la responsabilidad moral:

“madure hacia los demás, implica una consciencia de que los demás pueden diferir de mí mismo, una atención a la particularidad del otro y un deseo del bienestar del otro; todos ellos van entrelazados.”⁶⁵

Lo que nos interesa en este análisis son los estados y los momentos cognitivos de la comprensión intersubjetiva, que afectan a la toma de decisiones jurídicas razonadas. Las *emociones* en la forma de deseos o pasiones pudieran estar en uno de esos epicentros motivacionales de nuestras acciones. Las *emociones morales* –culpa, vergüenza, compasión, remordimiento, etc.,–⁶⁶ que junto a los deseos, las creencias o las convicciones forman ese complejo repertorio de elementos que subyacen al juicio moral, son resortes imprescindibles de activación en la llamada *agencia moral*.

La comprensión del cerebro en cuanto órgano y sus mecanismos biológicos, conectados con el pensamiento articulado *logos*, sigue siendo algo desconocido y enigmático, un debate seminal en la historia de la filosofía, que ha vertebrado durante siglos el debate filosófico. Esa experiencia histórica interpretada hermenéuticamente nos ha enseñado que no podemos clausurarnos en compartimentos estancos, en la delimitación racional y emocional, que, paradójicamente, se ha construido a partir del clásico dualismo cerebro emocional –límbico– y cerebro racional –cortical–. Definir tan solo ese complejo fenómeno con el dualismo es limitativo, pero seguimos utilizándolo entre las categorías útiles para el acotamiento, para acceder a una determinada comprensión específica de la relación mente-cuerpo. Sin embargo, optar por ese dualismo implica un reduccionismo categorial, que limita nuestras pretensiones de comprender de una forma más amplia y multidisciplinar el cerebro emocional y racional.

La cosa se complica si tratamos de hacer un análisis descriptivo relacional entre la mente y el derecho, la psicología, el lenguaje, la comunicación y los interlocutores

⁶⁵ L. BLUM. (2011): “Empathy and Empirical Psychology: A Critique on Shaun Nichols's Neo-sentimentalism.” (eds.), C. Bagnoli. *Morality and the Emotions*. Oxford University Press, p. 184.

⁶⁶ Cfr. R. WOLLHEIM. (2006): *Sobre las emociones: conferencias Ernst Cassirer 1991*. Trad. Gemma Facal Lozano, A. Machado Libros, Madrid.

legítimos en el derecho, etc. El esfuerzo reflexivo es tan intenso que nos desazona, partiendo de la complejidad de entender cómo se relacionan el cerebro y lo mental. La conexión entre el mundo físico y el racional se torna exponencialmente peliaguda de entender si se parte de una tendencia científicista envuelta en una vocación naturalizadora, por ejemplo, del reduccionismo biologicista del análisis del cerebro en relación al comportamiento humano.⁶⁷

En el otro polo de la disyuntiva encontraremos uno de los mecanismos de racionalidad jurídica a estudiar en profundidad en el Derecho: la *ponderación*, un deliberar –en monólogo interno o con terceros– sobre los valores en juego. Un tratamiento de cálculo axiológico, de medios-fines, utilitarista, etc., supone sopesar los bienes en conflicto en las tradiciones éticas, el optar por unos desechando otros, realizar ciertas renunciaciones con la implicación de una fuerte carga de estrés emocional al hacerlo.

La cuantificación de la intensidad o grado de las emociones sufridas en el juego de las prevalencias y renunciaciones nos mete de lleno en el complejo terreno de la subjetividad moral o de la intersubjetividad, que se da en una inteligencia emocional compartida.⁶⁸ Los valores están expuestos a una historicidad y variabilidad, requieren de una narración que se hace compartidamente e integrada en su componente histórico común, como reflejo del sentido de pertenencia, propiciada por una capacidad empática de experimentar, una interpretación del otro que hacemos nuestra en el debate deliberativo.

Las explicaciones de los fenómenos emocionales han sido complejas introduciendo constantemente conceptos, categorías, características, hablando de la sensación emocional, las conductas admisibles y reprobables, la cognición evaluativa, etc. Una de las concepciones, que trata de integrar las variedades explicativas, es la que entiende las emociones como un proceso mental complejo,⁶⁹ dando cabida a elementos ahora conflictivos y subjetivos, tales cuales: las creencias o la evaluación, el objeto

⁶⁷ Cfr. W. JAMES. (1884): “What is an Emotion?” *Mind*, 19, 188-204; J. E. LEDOUX, (1996): *The Emotional Brain: The Mysterious Underpinnings of Emotional Life*. Simon and Schuster, NY; A. R. DAMASIO (2006): *El Error de Descartes: la emoción, la razón y el cerebro humano*. Trad. Joandomènec Ros, Crítica, Barcelona.

⁶⁸ La inteligencia emocional ha sido largamente debatida desde el trabajo seminal, cfr. D. GOLEMAN. (2004): *Inteligencia emocional*. Trad. David González y Mira Zahonero, Kairos, Barcelona.

⁶⁹ J. ELSTER. (2002): *Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones*. Trad. Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, p. 299.

intencional, la reacción fisiológica, la sensación, la expresión de la emoción o la disposición a la conducta.

Las *emociones* implican una intencionalidad especial, que se ha intentado separar del proceso racional ya que, tradicionalmente, se ha entendido ajeno a los estados psicológicos emocionales. Cuando un miembro de un jurado popular ha de juzgar a un violador confeso, las emociones que puede sentir al oír el relato de los hechos pueden ser de repulsa, vergüenza, rabia, incluso para algunos de venganza y necesidad de castigo en muy diferentes grados de intensidad cualitativa y cuantitativa. Esos estados que despiertan emociones morales, chocan con la figura institucional de lo que representaría un buen jurado, ésta le invita a extraerse de esas emociones para ejercer la labor en función de los cánones marcados pero, en realidad, no puede evitarlas, no existe una posición original de juzgador imparcial rawlsiana, sus ideas, creencias, convicciones y valores en juego toman parte esencial en la construcción de su juicio racional y decisorio, hacerse cargo de todo ello es un acto de gran responsabilidad.

En cambio, el sistema de gestión de conflictos que nos ofrece la ciencia jurídica busca ofrecer herramientas para una adecuación o racionalidad de esas emociones. Estas represiones de lo emocional y visceral frente a lo racional resultan contraproducentes, y nos lo enseña la educación moral. Resulta útil ver ejemplos y aprender en la articulación de reacciones, proporcionadas, equilibradas y equitativas desde la racionalidad valorativa. En la reacción inicial negativa podemos encontrar un influjo colectivo y personal de rabia y sentido de venganza, pero, en el aspecto positivo del actuar liberado de esos influjos deliberando respuestas, encontramos cánones de racionalidad como la cabalidad, la vehemencia y la deseada prudencia, que permite equilibrar lo emocional y lo racional, ponderar y valorar todos los elementos en juego. Estamos ante una deliberación compleja en la proyección de valores y las creencias adquiridas en nuestra educación moral, que es algo mucho más elaborado que la simple emocionalidad o visceralidad. La Administración de Justicia requiere de un buen temple, un equilibrio entre esos dos aspectos que tanto hemos recalcado –límbico– emocional y –cortical– racional, en esa senda de racionalidad jurídica centraremos los capítulos siguientes.

Capítulo 2

PROFESIONES JURÍDICAS, JUICIO Y RESPONSABILIDAD

En este capítulo abordaremos una aproximación a la ética y la deontología profesional del derecho, iniciando una delimitación terminológica y conceptual a los conceptos clave, a fin de adentrarnos en la *ética aplicada* a las profesiones jurídicas. En ese cometido estudiaremos sus fuentes, su estructura organizativa, tratando de dar algunos ejemplos de las virtudes y carencias de la educación moral de los juristas, expondremos en el ejercicio de la abogacía los conflictos personales y sociales de la *objeción de conciencia*, para acabar el capítulo con una aproximación teórica al *juicio pragmático responsable*, incidiendo en la *ponderación* y la *deliberación* entre las técnicas de racionalidad para la toma de decisiones judiciales.

2.1 Introducción a la ética y la deontología de las profesiones jurídicas

2.1.1 Aproximación conceptual a la ética profesional: conceptos clave

Ante cualquier intento que operemos de acercamiento a unos conceptos con tanta tradición como los de “ética” y “moral,” necesitamos algunas guías para su comprensión. El profesor Aranguren en su *Ética* nos da indicaciones de la problemática derivada de aventurarse en tales definiciones, puesto que se da una enorme dificultad para conectar con toda la realidad que las envuelve.⁷⁰ Lo vemos con el vocablo griego *ethos*, en él interpretamos un significado histórico asentado en la tradición: *morada* o *carácter*, este último, sí lo identificamos con la tradición aristotélica de los *modos* de *ser* toma el significado de un *ethos* que se adquiere por hábito –sea virtud o vicio–. En cambio, cuando hablamos de *moral*, estamos ante un término cuyo contexto de surgimiento es completamente diferente, siglos después, en la terminología latina que se refiere a la tradición de los *mores* o las costumbres vividas. Lo que nos interesa de esa complejidad de sentidos posibles es que tanto el *ethos*, en su sentido de hábitos o virtudes, como la *moral*, entendida como costumbres vividas del lugar, son elementos esenciales a tener en cuenta en la educación moral del jurista, contribuyendo en la constitución del carácter profesional, conforme a los usos y costumbres que en esa comunidad son reconocidos y el sujeto que ha de enfrentarse a una situación con implicaciones morales hace suyos al actuar.

Al acercarnos al tema de la ética de las profesiones jurídicas y continuando con los términos esenciales, convendría aclarar por sus implicaciones, por ejemplo, la conexión entre la práctica y una profesión: empezando por la primera, la tradición aristotélica nos diferenciaba la *práxis teleia* –acción con un fin en sí misma– de la *poíesis* –producción– que implicaba una acción sin fin en sí mismo. Esa acción con fin o sin él, al ponerla en relación con el sujeto que la realiza, desde Descartes, Kant y sobre todo con Hegel, se ha tendido hacia la consumación de una unión entre la teoría y la praxis –sujeto

⁷⁰ J. L. ARANGUREN. (1981): *Ética*. 7ª ed., Alianza, Madrid, p. 19.

y objeto—. La reacción a esa fusión ha fomentado una actitud crítica de la filosofía hacia las formas dominantes de la *praxis* —la producción y el intercambio— tratando de sacar a la luz la razón instrumental⁷¹ que le subyace; otras posturas encuentran una inspiración ética en esa *poíesis*⁷² —producción artística—, ya que supone, por un lado, hacer la pretendida crítica de esta tradición al negar o contradecir la *praxis* tradicional dominante, por otro al recordar la historia del sufrimiento nos generan un impulso somático-empático capaz de solidarizarnos con el sufrimiento ajeno.

Aparte de estos debates tan complejos sobre la *praxis* en las que no queremos entretenernos en demasía al hablar de las profesiones, nos interesa señalar un punto de vista como el de MacIntyre, que nos da otro sentido de la práctica al entenderla como:

“cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, establecida socialmente, mediante la cual se realizan los bienes inherentes a la misma mientras se intentan lograr los modelos de excelencia que le son apropiados a esa forma de actividad.”⁷³

El autor nos habla de una *excelencia* —*aristo*— que solemos buscar y requerir a toda práctica profesional, sea remunerada o no. MacIntyre sitúa en una posición principal a las *virtudes* o hábitos virtuosos, tan característicos de su concepción filosófica y fácilmente reconocibles para lo que sería nuestro ideal de un buen ejercicio profesional. Nosotros como investigadores estamos en el discurso público tratando de determinar que sería un buen profesional, pero nos encontramos con el problema clásico de qué entenderíamos por los bienes inherentes a dicha práctica. Estos elementos de debate de la *praxis* jurídica son de gran conflictividad, entendidos desde una concepción ética material de bienes y un subjetivismo moral; otras éticas formales, desde Kant hasta Habermas, han tratado de huir y han vertebrado parte del debate de la filosofía práctica desde la modernidad hasta la contemporaneidad.

El otro concepto interesante por definir es el de *profesional*, Augusto Hortal define las profesiones como aquellas actividades ocupacionales:

⁷¹ Cfr. J. HABERMAS. (1987): *Teoría y praxis*. Trad. Salvador Mas y Carlos Moya, Tecnos, Madrid; Th. W. ADORNO. (1975): *Dialéctica Negativa*. Trad. José María Ripalda, Taurus, Madrid.

⁷² Cfr. Th. W. ADORNO. (2005): *Teoría estética*. Trad. Jorge Navarro Pérez, Akal, Madrid.

⁷³ A. MACINTYRE. (2004): *Tras la virtud*. Trad. Amelia Valcárcel, Crítica, Barcelona, p. 233.

- a) en las que de forma institucionalizada se presta un servicio específico a la sociedad.
- b) por parte de un conjunto de personas –profesionales– que se dedican a ellas de forma estable, obteniendo de ellas su medio de vida.
- c) formando con otros profesionales –colegas– un colectivo que obtiene o trata de obtener el control monopolístico sobre el ejercicio de la profesión.
- d) y acceden a ella tras un largo proceso de capacitación teórica y práctica, de la cual depende la acreditación o licencia para ejercer dicha profesión.⁷⁴

Las profesiones en sus diferentes peculiaridades, miles en todo el mundo, están íntimamente ligadas con la práctica, que en la tradición de la razón técnica en muchos casos se ha visto reducida a cuestiones de método –veremos los de subsunción, encaje o ponderación en el Derecho–. La interpretación hermenéutica nos enseña los diferentes sentidos históricos de sus figuras institucionalizadas –con diferentes estatutos y variadas regulaciones de derechos y obligaciones positivas y sentidos populares extrajurídicos–. El profesional contemporáneo conforme a las nuevas exigencias actuales de las sociedades contemporáneas ha de ser sinónimo de excelencia y técnica –*techne*–, probablemente su actividad sí posea un *telos* social, pues aporta una funcionalidad específica y finalista predeterminada a ciertas prácticas. La ética profesional y la epistemología se han dedicado a tratar de entender: en la primera de ellas, fijarse en los referentes que podrían inspirarla y las condiciones que han de darse para que se produzca esa excelencia profesional; para la segunda, desde el avance de los saberes prácticos y la racionalidad, tendemos a mejorar la técnica y el conocimiento de la profesión, lo haga, en uno o para varios sentidos, con la vocación de que cuanto mejor se haga más garantías de excelencia pueden darse en su seno.

La ética profesional supone un hito en el avance de la especialización experimentada por los saberes prácticos, para entenderla en una medida acorde a sus tiempos, habría que ponerla en contexto con sus raigambres, porque son los componentes intrínsecos que siguen alimentando los derroteros actuales. Hablamos constantemente de la ética de las virtudes, de justicia, de lo moral, del *telos* del actuar práctico, ayudados por

⁷⁴ A. HORTAL. (2002): *Ética general de las profesiones*. Desclée de Brouwer, Bilbao, p. 51.

muchas categorías inspiradoras de ese mundo tan idealizado, que continuamos deseando para nuestros profesionales. Tratamos de aproximarnos a los fenómenos prácticos, que siguen vivos y alimentan constantemente la filosofía moral actual.

Si una de las funciones sociales esenciales de la *ética aplicada* es ayudar a orientar la acción y las decisiones,⁷⁵ ésta es una de las labores esenciales a las que se consagra la *neuroética*, amparada por un *telos* social perfectamente extrapolable a la ética profesional de los juristas. Así es como encuentra uno de sus sentidos posibles una praxis social tan compleja, pero necesaria en la que podemos encontrar una enorme utilidad para las personas.

2.1.2. Las estructuras regulativas y asociativas de las profesiones jurídicas entre las fuentes de la ética aplicada

Cuando abordamos la ética aplicada actual, lo hacemos conscientes del gran interés despertado en los últimos años por los saberes prácticos de las profesiones, pues nos interesa lograr los mejores profesionales posibles desde el punto de vista moral. En esa tendencia contribuye la existencia de un amplio marco regulativo, que normativiza los marcos preceptivos acerca de cómo llevar a cabo la profesión: esta regulación está formada por la normativa legal y estatutaria. Además, encontramos una serie de códigos deontológicos aprobados a propuesta de los organismos corporativos o por ellos a nivel interno reglamentario, que operan como otro marco deontológico con gran inspiración en los principios y valores generales de carácter moral que vertebran nuestro marco de convivencia.

Mucho de los sentidos morales que extraemos para una profesión los marcan las asociaciones públicas o privadas, dentro de los organigramas institucionales: sean de Derecho Público, ejemplo, del Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Pleno del Tribunal Supremo, los Colegios Profesionales, Sindicatos, etc.; o los entes privados o asociativos, que marcan de alguna

⁷⁵ A. CORTINA. (1993): *Ética aplicada y Democracia radical*. Tecnos, Madrid, p. 162.

u otra forma, las directrices de actuación de sus subordinados o miembros aportando los códigos de buena conducta. Estos marcos deontológicos ostentan desde el plano de la justificación unos valores éticos generales que justifican el buen actuar profesional de sus miembros, por ejemplo, lo vemos en las diferentes asociaciones de abogados, jueces, fiscales, procuradores, graduados sociales, gestores administrativos, etc., que proliferan en nuestro panorama nacional e internacional, inspiradas en una unidad organizativa y pragmática que aglutina a los miembros que se identifican con unos determinados ideales, principios y valores.⁷⁶

En la delimitación normativa de las profesiones jurídicas, encontramos, primero, un componente local o nacional de los propios Estados que regulan en sus circunscripciones territoriales y competenciales, la formación y la habilitación profesional, en interdependencia; con un segundo nivel, supranacional, que, por ejemplo, en el entorno comunitario de países asociados pertenecientes a la Unión Europea armoniza su regulación, generando normativas supranacionales que tratan de unificar las regulaciones internas de sus Estados miembros asociados a esa comunidad política supranacional.

En el interés global común, la ética profesional del derecho es útil para la resolución de los grandes conflictos internacionales, que no es sólo tarea exclusivamente asignada a los políticos y supeditada al impulso de la política. Aparte del conocimiento del Derecho, nacional e internacional, la labor de los técnicos en Derecho resulta esencial para idear y aplicar los instrumentos jurídicos e institucionales que materialicen la resolución de los conflictos. A pesar de ser mediada la realidad conflictiva por los instrumentos normativos del Derecho, es una actividad ligada a un deber moral, que

⁷⁶ Por poner ejemplos de las más significativas en la actualidad encontramos en nuestro país 6 asociaciones de *jueces*: la Asociación Profesional de la Magistratura (APM), la Asociación Judicial Francisco de Vitoria (AJFV), Juezas y Jueces para la Democracia (JJpD) y Foro Judicial Independiente (FJI), Ágora Judicial y Asociación Nacional de Jueces, datos a febrero 2020 en la web oficial del CGPJ [<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Estructura-judicial-y-recursos-humanos--en-la-administracion-de-justicia/Asociaciones-Profesionales-Judiciales/>]; además podemos hablar de 3 asociaciones de *fiscales*: la Asociación de Fiscales (AF), la Unión Progresista de Fiscales (UPF) y la Asociación Profesional Independiente de Fiscales (APIF); sin contar las numerosísimas asociaciones y colegios profesionales de abogados, procuradores, graduados sociales, gestores administrativos, etc., distribuidas en una u hasta dos o más por cada provincia, ciudad autónoma, etc., en las diferentes circunscripciones territoriales del territorio nacional.

favorece la voluntad de los entes supranacionales a crear instituciones de integración global que desarrollen sus principios programáticos, en relación a los principios y valores que han codificado sus Tratados, y que los Estados en su día libremente ratificaron. Al hacerlo, se vincularon jurídicamente cediendo parcelas de su soberanía nacional a esos textos con grandes inspiraciones en las normas morales en su trasfondo.

En esa línea de asociacionismo supranacional, con unos principios y valores en común, surgen algunas asociaciones de profesionales europeos entorno al Derecho, por ejemplo, podemos mencionar: la International Bar Association (IBA) y la Council of the Bars and Law Societies of the European Union (CCBE),⁷⁷ representando a nivel internacional en el ámbito europeo abogados y asociaciones de abogados que engloban a más de 45 países y más de 1 millón de abogados europeos, cuyos principales objetivos son la regulación de la profesión, la defensa de la ley, de los Derechos Humanos y los valores democráticos.⁷⁸

El proceso actual de globalización liberal de las profesiones jurídicas, especialmente las destinadas al servicio privado, un sector bastante mayoritaria en la actividad de la abogacía, hace que la demanda de los perfiles requeridos entre los juristas sean los destinados, principalmente, a nutrir las necesidades de las corporaciones privadas mercantiles en las que se integran o constituyen, en régimen de cuenta ajena o propia en las posibilidades mercantiles y estatutarias que regula la normativa vigente para prestar esos servicios. Éste es uno de los sentidos originarios tradicionalmente asimilados con una de las profesiones liberales por excelencia. Sin embargo, su actividad sigue manteniendo un fuerte *telos* social intrínseco a su praxis cotidiana, con una fuerte carga de función social y vocación de servicio, sobre todo debido a su regulación estatutaria, que en nuestro ámbito nacional desarrolla su práctica integrada en los Colegios Profesionales.⁷⁹ Estos entes corporativos semi-públicos están subordinados a las normas de derecho público y privado, junto a las Universidades, principalmente colaboran en el

⁷⁷ A. BOON & J. FLOOD. (1999): “Globalization of Professional Ethics? The Significance of Lawyers' International Codes of Conduct.” *Legal Ethics*, 2 (1), 29-57.

⁷⁸ Datos obtenidos de su web oficial [<https://www.ccbe.eu/about/who-we-are/>, último acceso agosto 2020].

⁷⁹ Ley Estatal de Colegios Profesionales, Ley 2/1974, de 13 de febrero, modificada por Ley 74/1978, de 26 de diciembre, Ley 7/1997, de 14 de abril.

diseño de la formación curricular de los estudios reglados sobre ética y deontológica profesional en las titulaciones específicas para juristas,⁸⁰ tanto en el sistema educativo universitario básico como en la fase de especialización que habilita el acceso a la profesional, que suelen desempeñarse en las Escuelas de Práctica Jurídica o en los Másteres de la Abogacía.

Uno de los problemas del sistema formativo actual es que ofrece materias con contenidos en ética y deontología profesional, en los cursos superiores de especialización, –Másteres o Escuelas de Práctica Jurídica– siendo algo lógico entre los requisitos de habilitación, pero deficitario en su presencia curricular en términos absolutos de una formación competente en la materia que los han de aprender desde las fases iniciales en el sistema educativo. En la actualidad las asignaturas destinadas a ese fin contienen una carga docente aproximativa de entre 3 y 6 créditos ECTS,⁸¹ que en la práctica depende del diseño específico curricular de las diferentes programaciones de los departamentos responsables de cada Universidad. El tema de su diseño e implantación en todos los estadios educativos es esencial para los profesionales del Derecho, sobre todo, teniendo en cuenta que el *ethos* profesional del jurista se construye temporalmente, y requiere de

⁸⁰ Los planes de estudios nacionales oficiales aprobados por el Consejo de Universidades están bajo la supervisión del órgano verificador ANECA (Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación) cuyos informes preceptivos verifican que las Universidades ajustan la configuración de las titulaciones que crean a la política educativa estatal, determinando que las asignaturas con contenido específico en ética y deontología profesional destinadas a los juristas recogen las competencias y los objetivos formativos unificados que el Ministerio de Educación estipula en armonización de la legislación comunitaria. Lo vemos por ejemplo, en el Máster en Abogacía de la Universidad de Alicante implantado en el curso 2013, con su última memoria verifica en 2016, web oficial del máster [<https://derecho.ua.es/es/estudios/postgrado/master-abogacia/master-universitario-en-abogacia.html>, último acceso enero 2020] contempla su plan de estudios la asignatura *Ejercicio profesional y organización colegial básica*, de 3 créditos ECTS o la asignatura *Deontología profesional* con 3 créditos ECTS; en el Máster de Abogacía de la Universidad de Valencia en similares términos vemos la asignatura *Deontología profesional y régimen de responsabilidad de los abogados y de las abogadas* con 5 créditos ECTS; o en el Máster en Gestión Administrativa de la Universidad de Alicante encontramos las materias de ética profesional en una asignatura conjunta con otras materias que nada tienen que ver con la deontología jurídica *Derecho Constitucional, Derecho de la Unión Europea y Deontología Profesional* con 6 créditos ECTS. Así en parámetros similares de 3 a 6 créditos, con las peculiaridades del desarrollo específico en cada guía docente para todos los másteres que preparan la habilitación profesional en las diferentes Comunidades Autónomas.

⁸¹ Cada crédito ECTS equivale aproximadamente entre 25-30 hs, incluyendo no sólo las horas lectivas de docencia efectiva, sino, también horas de estudio, tutorías, seminarios, trabajos, prácticas o proyectos.

una formación temprana y continuada a lo largo de todas las fases educativas, no sólo limitada a unas pocas lecciones de la fase final de habilitación profesional.

Un problema agregado es que el sistema de habilitación español actual, por ejemplo, en su modalidad de abogacía, en los últimos años ha tenido que corregir la gran laxitud de su proceso de habilitación profesional, teniendo que armonizar su regulación interna a las prescripciones de las Directivas europeas⁸² puesto que, en el sistema español durante muchos años se regulaba un sistema de habilitación que dependía tan solo de la mera obtención de la licenciatura para acceder a la profesión, reformado por la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

Los Colegios Profesionales de la Abogacía tomaron conciencia de ese cometido e hicieron una ardua labor por subsanar ese déficit en consonancia con la normativa europea, con las llamadas Escuelas de Práctica Jurídica, que durante largo tiempo ofrecieron los cursos de especialización, paradójicamente, no obligatorios para la colegiación inicial, aunque sí, por ejemplo, para el acceso a los servicios de justicia gratuita, la cual suponía un encargo profesional de carácter público en la articulación de un sistema institucional que pretendía garantizar el Derecho Fundamental de Defensa.

Al servicio de justicia gratuita regulado en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, pueden adscribirse los letrados interesados. El art. 25 habla de la necesidad de unos requisitos de formación y especialización, que el Ministerio de Justicia coordinadamente con las Comunidades Autónomas, en aquella cuyas competencias en justicia hayan sido delegadas en virtud del art. 149.1 de la Constitución Española, establecerán de conformidad con el Consejo General o los Consejos Autonómico de la Abogacía, unos requisitos que suelen ser de unos años de experiencia profesional mínima y unos cursos de especialización. Por ejemplo, los cursos se podían

⁸² Directiva 89/48/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, establece un sistema general de reconocimiento de los títulos de educación superior que sanciona formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, y la Directiva 98/5/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, es dictada para facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha obtenido el título profesional pertinente, no establece una exigencia de uniformidad al respecto.

delimitar por las materias a tratar: en menores, violencia de género, extranjería, derecho penal especial, concursal, etc., cuya especialización permitía desempeñar dicha función con mayores garantías profesionales en la prestación de los servicios. Paradójicamente, estas exigencias no eran tales para ejercer el servicio privado particular, el cual, podía ejercerse nada más licenciarse con el alta en el Colegio Profesional, conforme a unos requisitos de acceso relativamente laxos en la tradición abierta anti-corporativista y liberal de la profesión.

Esta regulación cambió, básicamente, tras la aprobación de la Ley 34/2006 de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales,⁸³ que ha tratado de armonizar el sistema español de acceso a la profesión con unos requisitos europeos más reforzados, al estilo de la gran mayoría de los países de nuestro entorno. Francia, Italia o Reino Unido disponen de exámenes de acceso equiparables a una oposición al cuerpo funcionarial. Esta dificultad la vemos en el entorno anglosajón, en el cual el proceso de acceso a la profesión de abogado requiere de una gran dureza en el estudio y la preparación, donde el aspirante necesita invertir mucho tiempo y amplias sumas de dinero.⁸⁴ España, en consonancia a lo que encontramos en el derecho comparado de nuestro entorno, tuvo que adaptar una nueva regulación que estableciera requisitos adicionales o complementarios a la mera obtención del título académico. Los Colegios Profesionales se han hecho eco de esos nuevos requisitos de experiencia y especialización para la habilitación profesional con la acreditación del Máster en Abogacía, cuya finalidad última sería ofrecer una especialización práctica complementaria a fin de incrementar la calidad del servicio prestado por los futuros juristas,⁸⁵ con la exigencia para el acceso a

⁸³ La Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el Acceso a las Profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, [<https://www.boe.es/eli/es/l/2006/10/30/34/com>] habla en su artículo 2 de la acreditación de actitud profesional mediante título y la superación de la correspondiente formación especializada.

⁸⁴ A. FRANCIS. (2015): “Legal Education, Social Mobility, and Employability: Possible Selves, Curriculum Intervention, and the Role of Work Experience.” *Journal of Law and Society*, 2, 173.

⁸⁵ Véanse, por ejemplo, los requisitos de acceso al Colegio de Abogados de Alicante [<http://www.icali.es/colegiarse/>] a los abogados/as ejercientes les son requeridos para su 1ª colegiación: certificado del apto, expediente académico del Grado y Máster; fotocopia del expediente académico; certificado de penales; etc.

la profesión de ese segundo ciclo, una formación reforzada obtenida en el Máster específico de la abogacía en el sistema de grados.⁸⁶

Además, el artículo 2 de la Ley 34/2006 sobre el Acceso a la Profesión de Abogados y Procuradores de los Tribunales habla de la acreditación de una actitud profesional mediante título académico de licenciado o graduado en Derecho y la superación de la correspondiente formación o capacitación especializada, esta regulación, en última instancia, queda supeditada a la acreditación del Ministerio de Educación y Deporte y del Ministerio de Justicia. Esta prerrogativa supuso un recurso de inconstitucionalidad presentado por la Comunidad Autónoma de Cataluña al entender que se estaba produciendo una presunta intromisión en sus competencias delegadas, en su resolución el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 2.3 de la Ley relativo a la expedición de los títulos profesionales por parte del Ministerio de Justicia. En esencia la sentencia siguió manteniendo las prerrogativas estatales en la materia, sin perjuicio de un voto particular, que sí entendía que tenía lugar una mayor invasión en las competencias autonómicas.⁸⁷

Para las profesiones jurídicas liberales destinadas al servicio privado, entre ellas la abogacía, los procuradores, los gestores administrativos o los graduados sociales, se produce una doble confluencia ética en la profesión. Por un lado, una ligada a su regulación estatutaria y corporativa recogida en la legislación y reglamentos que, aunque sean normas jurídicas, tienen un trasfondo de justificación moral, tradicionalmente asimiladas en los principios rectores del ordenamiento jurídico. Por otra, existe un deber legal y moral derivado del encargo profesional asumido con el cliente de base contractual, regido por el derecho privado y mercantil con las responsabilidades que pudieran derivarse de esos incumplimientos o por la mala *praxis* que hubiera provocado daños y perjuicios resarcibles a sus clientes.

⁸⁶ La Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades define la estructura de las enseñanzas universitarias en tres ciclos: grado, máster y doctorado.

⁸⁷ La Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2014, de 23 de octubre de 2014, ante el recurso de inconstitucionalidad reconoce parcialmente la razón de la Generalitat de Cataluña y por extensión a todas aquellas autonomías que tengan delegado y ejecutado este título competencial, para gestionar y ejecutar estos cursos de especialización, pero mantiene la potestad del Estado para garantizar las condiciones de igualdad, y la acreditación de los títulos oficiales que ejerce en virtud de organismos propios como es la ANECA.

Paradójicamente, la dinámica tomada por la profesión de letrado/a se ha visto más claramente en el mundo anglosajón, con una mayor conciencia del proceso de globalización y alentado por la concepción clásica liberal de la profesión, frente al intervencionismo regulativo estatal de otras tradiciones políticas y jurídicas. Esta tendencia viene producida por la apertura de la profesión a la multidisciplinariedad global, la necesidad mercantilizada de las grandes compañías⁸⁸ o la presión de los clientes.⁸⁹ En esa línea de globalización liberal encontramos pistas de los nuevos perfiles que van tomando los profesionales del derecho en el ámbito privado.

Un ejemplo del perfil ético que se viene implementándose en las profesiones jurídicas, lo encontramos con la llamada: *regulatory compliance*, una garantía para que los empleados cumplan la normativa no sólo legal, sino también los códigos éticos de las prácticas empresariales,⁹⁰ cuya necesidad en el ámbito prescriptivo se positiviza en España a raíz de una reforma penal⁹¹ implementada en el 2015, que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico. Esta regulación supuso un marco jurídico inédito en nuestro sistema de responsabilidad penal, provocando que las empresas y demás entes con personalidad jurídica se interesen cada vez más en llevar a cabo en el seno de su organización unas auditorias de buenas prácticas profesionales.

Esta exigencia legal surgió en previsión de implementar el régimen de responsabilidades solidarias de la empresa por las malas prácticas de sus empleados, frente al régimen de la responsabilidad penal personal anterior, que solía dejar exonerados de responsabilidad si no se lograba probar que ese empleado había incurrido en un ilícito penal de administración desleal, estafa, fraude, etc. Puesto que el régimen de

⁸⁸ Cfr. L. ETHERINGTON. (2016): “Public professions and private practices: access to the solicitors’ profession in the twenty-first century”. *Legal Ethics*, 19, (1), 5-29.

⁸⁹ Cfr. J. LOUGHERY. (2011): *Corporate Lawyers and Corporate Governance*. Cambridge University Press.

⁹⁰ Véase un ejemplo de compromiso ético empresarial con la Fundación ETNOR en la que desde 1991, empresarios y académicos valencianos tratan de promover numerosas iniciativas en materia de ética de los negocios y las organizaciones, con una certificación y auditoria de buenas prácticas empresariales [<https://www.etnor.org/>]

⁹¹ La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ref. BOE-A-2015-3439, reforma del art. 31 del Código Penal, ampliando el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas e introduciendo los apartados *bis.*, *ter.*, *quater.*, y *quinquies*.

responsabilidad personal anterior provocaba que muchos de los perjudicados se veían privados del resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos frente a esas empresas, que en muchos casos con una reconocida solvencia continuaban su actividad mercantil sin incurrir en responsabilidad solidaria por los daños y perjuicios causados por la mala gestión –ilegal o inmoral– de sus directivos, empleados o gestores cuando se declaraban insolventes o sin bienes suficientes para resarcir esos daños y perjuicios a nivel de responsabilidad personal.

Estos ejemplos nos dan prueba de la necesidad de una *ética profesional* que los juristas o expertos en ética pueden desarrollar, unas exigencias de buenas prácticas. Ello frente a voces que pretenden fomentar la tradicional independencia de esta profesión arraigada en la tradición liberal y su perspectiva ética,⁹² en especial ante las crecientes presiones regulativas de la tendencia actual hiper-normativizadora. Lo que sí podemos encontrar en común para ambas orientaciones de las profesiones jurídicas es la necesidad de completar un sistema de formación profesional que eduque en valores democráticos y virtudes éticas.⁹³ Sin embargo, el señalado déficit formativo en ética y deontología profesional tan generalizado, paradójicamente, es una dinámica inversa a lo que viene sufriendo el mundo del Derecho con una creciente tecnificación de su labor, que constantemente precisa de técnicos en Derecho, no solamente altamente cualificados en conocimientos jurídicos más específicos, sino, que, también, paralelamente, como contrapeso al proceso de alejamiento de la regulación de su actividad por la globalización de tendencia más liberal, les exigimos mayores conocimientos éticos y deontológicos para su ejercicio práctico.

Estas exigencias son necesarias para evitar los errores pasado de un alejamiento del derecho de la moral, un funesto precedente que bien sabemos legitimó las atrocidades del siglo pasado. La instauración de los imperativos legales frente a los morales dio legitimidad a las graves atrocidades sufridas contra la humanidad. Si entendemos que la moralidad también se alimenta ineludiblemente de un componente somático, a nuestra

⁹² A. BOON. (2014): *The Ethics and Conduct of Lawyers in England and Wales*. 3rd ed, Hart Publishing, p. 576.

⁹³ Cfr. J. ARTHUR (eds.). (2014): *Virtuous Character for the Practice of Law*. Jubilee Centre for Character and Virtues, University of Birmingham.

dosis de drama diario, un cuerpo mediado por sus predisposiciones de captación y procesamiento de estímulos, lo moral lo construimos al percibir el sufrimiento y las injusticias que lo causan, Adorno nos da pistas de las enseñanzas que podemos obtener de tal catástrofe:

“Hitler ha impuesto a los hombres un nuevo imperativo categórico en el Estado de su falta de libertad: el de disponer su pensamiento y su acción de modo que Auschwitz no se repita, que no vuelva a ocurrir nada semejante.”⁹⁴

Es decir, presuponer una fundamentación de la libertad en la capacidad de autolegislarse moralmente viene condicionada por una moralidad que obliga al imperativo categórico del sistema kantiano. Se ha demostrado ésta como una conclusión confusa respecto al problema de que, para cada cual, se representaba el imperativo moral –el deber por el deber– como una categoría muy maleable, que, por ejemplo, los oligarcas del totalitarismo justificaron sus atrocidades confundiéndolo con el imperativo legal. En Adorno esa presuposición es mucho presuponer, la experiencia histórica ha demostrado la inutilidad de tal fundamentación, al perder en los procesos de racionalidad –del derecho, de la política, del imperativo legal– el impulso contra la inhumanidad y el sufrimiento “la libertad se hace concreta en relación con las figuras cambiantes de la represión: en la oposición contra ellas.”⁹⁵

En una dialéctica de confrontación entre libertad y opresión, incluso se da la incongruencia de intentar conseguir esa presunta libertad utilizando métodos de violencia y opresión, tratando de restablecer presuntos *status quos* perdidos o de imponer a los sistemas operantes nuevos regímenes de ideas, creencias y convicciones deseadas, que desde el subjetivismo del que los pretenden imponer se creen mejores. El reconocimiento del *otro* lo veremos como un elemento corrector de esas deficiencias.

La dialéctica que nos enseña la tradición crítica fomenta un pensador crítico desde la negatividad, que une en la experiencia hermenéutica –la historia y el sufrimiento–, y nos puede ayudar a entender un imperativo legal –que corre el peligro de ser desposeído de justificación moral–. Después de ver e intentar comprender la catástrofe de Auschwitz,

⁹⁴ Th. ADORNO. (1975): *Dialéctica Negativa*. Trad. José María Ripalda, Tauros, Madrid, p. 358.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 262.

otra insigne filósofa alemana Hannah Arendt nos dice que la comprensión de esos fenómenos políticos tan novedoso no podemos tenerla desde las categorías tradicionales que utilizamos en la comprensión común. La justificación de la actividad del jurista no hemos tan solo de encontrarla en el imperativo legal, que como Eichmann y muchos alemanes después de nazismo, cayeron en justificaciones positivistas manifestando que cumplían órdenes conforme a las leyes vigentes bajo el peligro coercitivo de la pérdida de sus privilegios, el encarcelamiento o la muerte, incurriendo en lo que la autora denominó una *banalización del mal*⁹⁶. Estos ejemplos, nos muestran la necesidad del componente justificativo moral que siempre ha de caminar junto al Derecho.

El jurista ha de actuar con la astucia de Ulises, un héroe embarcado hacia Ítaca, que se enfrenta a numerosos avatares. En uno de ellos, encadenado al mástil de su barco, soporta el yugo deontológico del Derecho fruto de la racionalidad jurídica. Estamos ante un nuevo devenir contemporáneo que viene determinado por el primado de la hiper-normativización de todos los aspectos sociales. Este acontecer revitaliza la sacralización de la norma desde antaño enaltecida, entre una de las pruebas efectivas del triunfo de la racionalidad jurídica. Nosotros, los teóricos de su actuar, debemos criticar y desvelar lo que ocurre, todo lo que ampare la irracionalidad del actuar, en los horizontes de sentido ético, aquellos que atisben un buen puerto para el Derecho. En este periodo de globalización, la vida práctica del jurista necesita tener sus aspectos éticos y deontológicos bien engrasados a punto para abordar con garantía las situaciones prácticas conflictivas ante las que se enfrentan los profesionales del derecho en sus avatares cotidianos.

⁹⁶ H. ARENDT. (1995): "Comprensión y política." *De la historia a la acción*. Trad. Fina Birulés, Paidós, Barcelona, pp. 29-46; H. ARENDT. (2003): *Eichmann en Jerusalén*. Trad. Carlos Ribalta, Lumen, Barcelona.

2.2 Un ejemplo práctico: la ética profesional del abogado

Un acercamiento más concreto a las profesiones jurídicas lo hacemos, aproximándonos a la ética profesional de un oficio tan representativo como en el de la *abogacía*. En su artículo 1º el Estatuto General de la Abogacía⁹⁷ define:

“1. La Abogacía es una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la Justicia. 2. En el ejercicio profesional, el abogado queda sometido a la normativa legal y estatutaria, al fiel cumplimiento de las normas y usos de la deontología profesional de la Abogacía y al consiguiente régimen disciplinario colegial.”

La abogacía se ha entendido tradicionalmente entre una de las profesiones afectas al influjo mercantil, este precepto habla “en régimen de libre y leal competencia” que representan los intereses regulados por el derecho privado. En cambio, esta norma corporativa tan significativa que nos aporta su regulación básica nos habla además de prestar “un servicio a la sociedad en interés público.” Esta segunda vertiente recogida entre sus principales orientaciones programáticas se asemeja a las funciones del cuerpo funcional, las cuales ostentan un estatuto mucho más amplio y estricto en cuanto al régimen regulatorio de su actividad profesional.

El carácter liberal de la profesión de abogada/o viene tradicionalmente encaminado a la elección del libre servicio privado de sus clientes y las materias deseadas. Para lograrlo se requiere de una excelencia profesional en la práctica, por las actitudes especiales del que ejerce la actividad. Este hecho resulta cada día más imprescindible ante el vastísimo corpus de normas y especialización que vienen componiendo el mundo del Derecho. Estamos ante un profesional que ha de actualizarse constantemente y crecer en cuanto a las garantías y la calidad de los servicios que presta a la ciudadanía.

⁹⁷ El Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, por mediación del Gobierno a propuesta del Consejo General de la Abogacía Española y en virtud de los pactos de Estado previos para la reformar la justicia.

La aprobación del código deontológico de la abogacía española,⁹⁸ en consonancia con los criterios y parámetros de la abogacía europea,⁹⁹ atesora veintidós artículos que forman parte del quehacer ético demandado para una profesión a la que se le tiene que exigir un comportamiento moral ejemplar en el seno de una sociedad avanzada. De hecho, la habilitación a las profesiones de abogado y procurador requiere un conocimiento mínimo en sus pruebas de acceso.¹⁰⁰

Con todo ese contenido normativo a respetar, el juicio moral del jurista no ha de tener en cuenta tan solo los referentes legales, estatutarios y deontológicos positivos. La ética profesional, también, es un requerimiento imprescindible, aunque no sean sancionadas por un sistema institucional de responsabilidad, ésta queda en el ámbito de la reprochabilidad social. Todos estos sistemas normativos afectan a una toma de decisiones que van más allá del deontologismo formativo o regulativo. En palabras del profesor Manuel Atienza en la actividad profesional “al recurrir a juicios de valor, a juicios sobre lo justo y lo injusto,¹⁰¹” el razonamiento del jurista no podemos

⁹⁸ Código Deontológico de la Abogacía Española. Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

⁹⁹ Código Deontológico del Consejo Consultivo de los Abogados Europeos fue aprobado en la Sesión Plenaria del CCBE, de 28 de octubre de 1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998, otras del 6 de diciembre de 2002 y 19 de mayo de 2006, con su última revisión del 6 de diciembre del 2012.

¹⁰⁰ Véanse dichos requisitos en la Orden PCI/1261/2019, de 26 de diciembre, por la que se convoca la prueba de evaluación de aptitud profesional para el ejercicio de la profesión de Abogado/a para el año 2020 publicado en «BOE» núm. 312, de 28 de diciembre de 2019, páginas 141720 a 141731, en aplicación de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, estableciendo en sus anejos “1. Convocatoria. Se convoca la prueba de evaluación para la acreditación de la capacitación profesional para el acceso a la profesión de la Abogacía, dirigida a comprobar la formación suficiente para el ejercicio de la profesión, el conocimiento de las respectivas normas deontológicas y profesionales” [...] “11. Desarrollo de la prueba. Su contenido se fijará por el Ministerio de Justicia y su finalidad es medir los conocimientos teórico-prácticos de los participantes acerca del ejercicio de la profesión de la Abogacía, así como el conocimiento de las normas deontológicas y profesionales.” Recogiendo un amplio catálogo de puntos en materia de ética y deontología profesional en su Anexo. “Programa de materias. A. Materias comunes. a.1 Deontología profesional, organización y ejercicio de la profesión de Abogado/a. 1. Principios esenciales de la profesión de Abogado/a. 2. Derechos y deberes de los Abogados/as. 3. El Estatuto General de la Abogacía Española. 4. Los colegios profesionales de Abogados/as. La organización colegial. 5. Las formas de ejercicio de la profesión: individual y colectiva. Relación laboral especial. 6. Régimen de previsión social de los Abogados/as. 7. Obligaciones del Abogado/a ante la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y el blanqueo de capitales. 8. La responsabilidad del Abogado/a en el ejercicio de su profesión: civil, penal y disciplinaria. 9. El seguro de responsabilidad civil. La cobertura de la responsabilidad civil profesional. 10. Los honorarios: determinación y procedimientos de reclamación e impugnación. 11. La contabilidad y la fiscalidad del Abogado/a.”

¹⁰¹ M. ATIENZA. (1993): *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Ariel, Barcelona, p. 10. de la presentación.

circunscribirlo exclusivamente a la mera ortodoxia del realismo jurídico “fuera del campo de la razón.”¹⁰² El juicio valorativo puede contemplar unos ideales de justicia que orientan la producción y aplicación del Derecho, el cual se entiende así como un instrumento para alcanzar ciertos objetivos que se han enjuiciado previamente como valiosos, es decir, *justos*.

El clásico discurso del juicio de la razón se da en el juicio moral previo al actuar, encontrando un giro metodológico en la forma de aplicar el Derecho por sus profesionales. Podemos transitar desde la búsqueda de los criterios clásicos de justificación, dentro de los sistemas democráticos constitucionales y alrededor de los criterios de validez, hasta el análisis de la corrección ético formal del proceso dialógico de comunicación jurídica, que se da en los auditorios públicos, mejorando con su implementación la racionalidad ética del sistema jurídico. El ejercicio profesional tiende hacia una aplicación más mecánica que pudiera alejar el derecho de la moral.

La capacitación moral del jurista ha de reforzarse en la fase formativa –hablamos de la educación moral en valores–, con una repercusión positiva en la interpretación de las leyes, en los casos prácticos complejos. Éstos son aquellos supuestos en los que frente a los dilemas morales nuestro juicio hace recaer la balanza de la decisión hacia un lado u otro, para dar curso a la actuación jurídica mediando la administración de justicia, un frágil equilibrio entre el interés particular del encargo profesional, el interés general y universal de la ética profesional, y el sentido normativo y justificativo del ordenamiento jurídico.

El ejercicio profesional requiere de una racionalidad jurídica, el mencionado art. 1 del Estatuto General de la Abogacía Española habla “mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídica.”¹⁰³ Ese mismo avance en la tecnificación del Derecho está provocando una poderosa dinámica de hiper-normativización de muchos de los aspectos de la vida en sociedad, una dinámica de implementación normativa desbordante, en una sociedad con un afán por regular y prever todo, por atribuir y distribuir responsabilidades de casi todos los aspectos sociales. Esta dinámica hace que el sistema legal se hipertrofie,

¹⁰² M. ATIENZA. (2013): *Curso de Argumentación jurídica*. Trotta, Madrid, p. 25.

¹⁰³ *Ibid.*, Estatuto de la Abogacía Española.

y que los legos en Derecho, el ciudadano común, esté sujeto a unos derechos y obligaciones que no terminan de conocer en toda su amplitud. El deber jurídico general de obediencia a las leyes, principio de legalidad y seguridad jurídica,¹⁰⁴ vienen recogidos en el Título Preliminar de la Constitución española, lo cual refuerza en el máximo rango jerárquico del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico la inexcusabilidad por la ignorancia de las leyes,¹⁰⁵ “*ignorantia iuris non excusat*”. Si el desconocimiento tiene consecuencias jurídicas, los ciudadanos han de vivir constantemente requiriendo el servicio de un técnico en el Derecho, que le ayudará a interpretar conforme a la corrección legal requerida ese vastísimo corpus que le afecta en muchos aspectos de su vida cotidiana.

La dinámica actual introduce a los ciudadanos en una cultura de la reclamación, en la que todo el mundo cree que tiene derecho a tal o cual cosa en virtud de un derecho inalienable. Ese empoderamiento ha sido fruto de un logro social histórico, en un fatigoso y sufrido proceso de conquista o progreso social. Fuera del debate clásico acerca del fundamento de tales derechos, es decir, si son otorgados o reconocidos, naturales o positivos, lo que nos interesa es que el titular de tales derechos suele perder la perspectiva de la complejidad del proceso histórico racional que ha permitido la configuración conceptual e institucional de lo político, sustentado en el instrumento de lo jurídico que ha institucionalizado la permanencia de esos logros. Los juristas son los peritos especializados encargados de gestionar ese instrumento en la realidad fenomenológica social.

¹⁰⁴ El art. 9.1 de la Constitución Española nos dice que “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”; el art. 9.3 dice que “la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

¹⁰⁵ Una regulación expresa la encontramos, por ejemplo, en el art. 6 del Código Civil “la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento”. En derecho administrativo para la culpabilidad el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) habla de responsabilidad a título de dolo y culpa, pero, cuando la culpa la rebaja al nivel marcado por el art. 130.1 in fine (LRJSP) encontramos responsables de una infracción incluso a título de “mera inobservancia” lo deja a un nivel en que la ignorancia de la ley como excusa absoluta pierde gran valor. Sin perjuicio de los casos particulares que puedan dirimir en los detalles los Tribunales.

En este contexto hemos de evitar que el jurista caiga en lo que algunos autores han denominado una “legal ethics without the ethics”,¹⁰⁶ es decir, dejar a sus practicantes sin fundamentos en los que basar su juicio. El *ethos* formativo es prueba de que el cómo somos influye en el cómo trabajamos. Los buenos intérpretes del Derecho, sea actuando de forma privada o pública, encuentran una orientación en la búsqueda de la excelencia y el buen quehacer que requiere su profesión. Ello enaltece el valor social de la profesión con un sentido transversal unificador, que evite al ejercicio profesional de incurrir en arbitrariedades o desigualdad en la aplicación de las leyes.

¹⁰⁶ *Cfr.* M. ROBERTSON. (2005): “Challenges in the Design of Legal Ethics Learning Systems: An Educational Perspective.” *Legal Ethics*, 8, (2), 222-239, “legal ethics without the ethics” and leave future practitioners without the foundations for reflective judgment. Although ethical issues arise in every subject, that would not be apparent from the core curriculum [...].”

2.3 La *objeción de conciencia* un conflicto personal de la práctica jurídica.

2.3.1 Un derecho fundamental con proyección esencial

La profesión de jurista implica lidiar constantemente con momentos de conflicto, no sólo en la interpretación de las normas, sino también con sentimientos, emociones, ideas y creencias confrontadas, una labor que nos obliga a deliberar y tener que dirimir conflictos enfrentándonos a duros adversarios, tratando de conquistar una interpretación favorable de las normas que pueda imponerse en relación a unos hechos.

En el espacio de la vida en sociedad el profesional del derecho en numerosas ocasiones se encuentra ante situaciones de conflictos o dilemas personales que llevan aparejadas consecuencias jurídicas. En ese espacio personal el sujeto confronta el contenido más íntimo de sus creencias y valores frente determinadas acciones o hechos del mundo que vienen marcados por cursos de acción obligacional, que en numerosas ocasiones puede contravenir el especialmente protegido espacio de la intimidad personal.¹⁰⁷ El ordenamiento jurídico, conocedor de esas situaciones que merman la dignidad del profesional, articula paralelamente un curso de acción protectora e institucionalizada a fin de salvaguardar ese contenido con tanta relevancia constitucional.

La *objeción de conciencia* representa a ese derecho constitucional, puesto al servicio de ese valor a respetar, que contempla las excepciones al principio de legalidad y, especialmente, pensado para determinadas situaciones, que largamente han sido discutidas en nuestra doctrina constitucional, cuyos matices y detalles conviene estudiar, desde el doble haz que venimos trabajando, el jurídico y el filosófico, a pesar de que en este epígrafe prevalecerá el análisis doctrinal del Derecho.

¹⁰⁷ El derecho a la *integridad moral* del ciudadano se encuentra constitucionalizado recogido en el artículo 15 de nuestra Carta Magna, habiendo afirmado el Tribunal Constitucional, en su sentencia 18/2000 de 29 de junio, que la protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral) contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación.

Este es un derecho constitucional esencial que hemos de abordarlo sin excusas, pues su futuro será primordial en los ordenamientos jurídicos contemporáneos venideros. Una parte significativa de la salud constitucional de los sistemas políticos dependerá del ejercicio efectivo de derechos claves como el de la objeción de conciencia, que utilizamos como contrapartida al imparable proceso de juridificación social, el cual viene continuamente estableciendo deberes jurídicos de obediencia por doquier y, ante los cuales, el Derecho ha de habilitar estos contrapesos con una mejor regulación y delimitación doctrinal en pro de un ejercicio claro y eficaz. Algo que no ha ocurrido en su corta historia constitucional, la de la vigencia de la Constitución de 1978, que lo recogió gratamente, pero, lamentablemente, sufrió muy poca implementación, quizás, debido a que originariamente, se recogió por el constituyente en una previsión insuficiente y confusa, hecho que viene marcado por su sentido originario anacrónico.

Lo que nos hace fijarnos en él, principalmente, se debe a que cada vez con mayor frecuencia los profesionales del derecho necesitarán recurrir en su vida profesional al ejercicio de este derecho, confrontando el deber de obediencia a las leyes con un interés o deseo personal conectado con el núcleo más firme de sus ideas o creencias. Este juego perverso de la vida práctica cotidiana para un jurista suele acabar en un resultado más que probable, la obediencia debida a la ley. El Derecho prevé esta válvula de escape a fin de realzar el valor de la autonomía personal, en su versión de libertad de conciencia y de capacidad personal, poniendo los valores personales –creencias y valores– en alza, frente a los sociales, juridificados y representados por ese deontologismo institucional, impreso en los rígidos deberes de obediencia, prescritos por las disposiciones jurídicas de nuestro Estado de Derecho, fruto del sistema de valores de la convivencia social que nos hemos dado.

En este punto resulta tremendamente doloroso para un jurista que su juicio de convicciones y valores pueda ser contrario al sentido programático más esencial de la profesión de jurista, el de la obediencia debida a la legislación y demás fuentes de normatividad jurídica vigentes. A continuación, nos acercaremos a esa regulación y las condiciones de su ejercicio personal y valorativo, para ver cuáles son sus problemáticas prácticas y los dilemas suscitados por tal derecho en el foro interno del jurista.

2.3.2 Marco teórico-conceptual y normativo del derecho

A. Concepto y delimitación constitucional

Un concepto básico de *objeción* se identifica con el gesto común de ejercer una opinión en diferentes grados de contradicción sobre algo, sea de forma parcial o total, representando una actitud crítica que en la vida cotidiana tendría inagotables aplicaciones. En cambio, en el ámbito del Derecho tiene un uso bastante más específico, sobre todo en nuestro ordenamiento constitucional, en el sentido de que se ejerce como oposición o protesta de la *conciencia* frente a una determinada institución o ley que contempla un curso de acción obligacional. Su ejercicio sería una muestra de nuestra *libertad de conciencia* personal que se expresa en el mundo tras un juicio de la razón o el estado mental valorativo que la reflexiona y hace surgir esa necesidad vital, en el curso de acción frente a un punto de vista de injusticia social, desde nuestro núcleo identitario más firme, el de nuestras creencias, valores y convicciones, para cuya salvaguarda, en ocasiones, hemos de dar un curso de acción institucionalizada previsto por la legislación vigente. El jurista por su esencial posición institucional de experto en leyes, soporta una gran responsabilidad moral, cuando en su ejercicio profesional ha de hacer un juicio de valor que involucra sus actos de conciencia más veraces y personales.

Debido al esquema conceptual de este derecho, se requiere un juicio deliberativo que pondere los bienes en juego, con un cálculo, que pone en balanza los pros y contras externos de su ejercicio. La virtud de este derecho es darle mayor valor al debate interno y a las determinaciones personales, las cuales, podemos exteriorizar y argumentar en el foro público, dando los motivos de nuestras pretensiones en Derecho.

Estamos ante un frágil equilibrio de lucha dialéctica interna, que pone en juego, por un lado, lo que entendemos dañino para un bien jurídico o valor, que consideramos superior en nuestra escala de valores, frente a lo que se nos obliga desde fuera como deber jurídico que también pondera otra escala de valores. El imperativo moral social parece haberse plasmado en la normatividad jurídica coercitiva, pero, el imperativo personal puede esconder otras valoraciones con bienes dignos de proteger. Esa idea es una

hipótesis esencial para analizar en nuestro trabajo, en un Estado de Derecho que tanto cosifica lo individual,¹⁰⁸ con una ingente creación normativa coercitiva.

Desde una perspectiva más técnica del Derecho, el profesor Luis Prieto define la *objección de conciencia*, como:

“Una modalidad de insumisión al derecho. Al amparo del derecho constitucional se confiere la posibilidad de objetar a un deber constitucional de cumplimiento de las normas vigentes, y sin utilizar el recurso a la violencia.”¹⁰⁹

En nuestra Constitución española aparece una particular regulación de la objeción de conciencia referida al servicio militar, en el art. 30.2 CE habla de que:

“La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.”¹¹⁰

Este precepto presenta dos problemas fundamentales: el primero, lo anacrónico que supone apelar a una objeción de conciencia de un servicio militar obligatorio que ya no existe, que en la práctica se ha interpretado analógicamente a otros supuestos, permitiendo dar cobertura a una objeción de conciencia general; el segundo problema, lo encontramos en la previsión del constituyente de evitar un ejercicio indiscriminado que provocara una desobediencia legal general ante cualquier situación de objeción, sin relevancia constitucional. Por eso, el precepto constitucional establece una *interpositio legislatoris*, es decir, un requerimiento de que para su ejercicio exista una ley específica que lo regule, lo cual en la práctica restringe mucho su ejercicio efectivo, pues choca con la poca voluntad regulativa del legislador en esta materia, subordinado a los intereses políticos o de la propia Administración, reticente a favorecer la insumisión a sus prerrogativas coercitivas.

¹⁰⁸ Entendida esta tendencia como una alteración del estatuto ontológico del individuo, reduciéndolo al mundo de la cosa y desprendiéndolo de sus cualidades individuales. *Cfr.* NEGRI, Héctor. *Derecho y Dialogo*. [<http://www.derechoydialogo.com/2012/07/sobre-la-cosificacion-y-la-justicia-1.html>].

¹⁰⁹ L. PRIETO, en I. SANCHO, (eds.), (2007): “Desobediencia Civil y Objeción de Conciencia.” *Objeción de Conciencia y función pública*. CGPJ, Madrid, p. 16.

¹¹⁰ «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

Ante ese déficit de la propia Constitución, la labor de la jurisprudencia en las últimas décadas ha sido encomiable al tener que interpretar el marco normativo de este derecho en supuestos no regulados, teniendo que llenar de algún modo el vacío definitorio del precepto ante un instituto imprescindible, que ha vivido un convulso periodo de aplicación de emergencia.

B. Naturaleza, contenido y titulares del derecho

La objeción de conciencia es un derecho, evidentemente, de naturaleza constitucional otorgado a los ciudadanos en la circunscripción competencial del Estado en que esos sujetos pueden ejercer el derecho. El asunto de su naturaleza jurídica ha sido una cuestión muy problemática para la doctrina en los últimos años, de hecho, las posiciones doctrinales se van perfilando a la luz de un análisis jurisprudencial que ha ido evolucionando marcado por dos grandes posiciones enfrentadas:

Una viene representada por a las primeras sentencias constitucionales que entendían el derecho a la objeción de conciencia “reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español,” y, por ello, “existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no [...] regulación.” Esa argumentación jurisprudencial es la que la hace formar parte “del contenido del derecho fundamental [...] reconocido en el art. 16.1 de la Constitución,”¹¹¹ artículo que nos habla de la libertad de conciencia, dignidad personal o la integridad moral. Esta base legal doctrinal, así interpretada conformó un sector minoritario de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional, que defendían la objeción de conciencia como derecho fundamental.¹¹² Este sector doctrinal, le otorga un estatuto específico y autónomo, por su especial posición en el texto constitucional y por el régimen de protección brindado por la propia Constitución en el art. 53.2 CE, en la jerarquía de derechos y de protección de los mismos.

¹¹¹ STC 15/1982 (FJ 6) y 53/1985 (FJ 14)

¹¹² Véase el voto particular del Magistrado D. Carlos de la Vega Benayas en la STC 160/1987, de 27 de octubre, así como entre otros autores: Navarro Vals y Martínez Torrón, 2012: 78 y 79; Gascón Abellán, 1990: 275; Martín Sánchez, 2011: 46; Prieto Sanchís, 2011: 4; Combalía, 2008: 66-74; Ollero Tassara, 2007: 113; Motilla de la Calle, 2011: 53; Palomino Lozano, 1994: 422; y Roca, 2008: 63.

Otro sector doctrinal, que fue constituyéndose en mayoritario, es el conformado por la mayor parte de miembros del Pleno del Tribunal Constitucional, que ratificó la STC 160/1987, la cual, considerando que el derecho a la libertad de conciencia del art. 16 CE no sería por sí mismo:

“suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o subconstitucionales por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos” y *que tal derecho* “no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro derecho o en derecho alguno, pues, significaría la negación misma de la idea del Estado.”¹¹³

Este sector doctrinal más restrictivo en la extensión aplicativa del derecho consideraba que ese otro sector doctrinal minoritario iba más allá de la propia intención del constituyente, una interpretación que pudiera poner en jaque al propio sistema de Derecho. Esta posición hace suya la voluntad expresa originaria del constituyente – interpretación literal–, que quiso situarlo fuera de la Sección 1.^a Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, reservada específicamente para los Derechos Fundamentales, que por extensión de ese posicionamiento disfrutaban de un especial sistema de protección por el procedimiento preferente y sumario, que faculta para su protección a cualquier Tribunal, conforme a la tutela reforzada del art. 53.2 de la Constitución:

“Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.^a Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.”¹¹⁴

Esta condición de su naturaleza ha sido consolidada por el Tribunal Constitucional en la *STC 25/1985*,¹¹⁵ reconociéndole un amplio catálogo de prerrogativas típicas de los Derechos Fundamentales, por ello, tendría la doble naturaleza que éstos ostentan, por un lado, como derechos subjetivos de los ciudadanos en sentido estricto, que garantizan un determinado estatus jurídico, y por otra, como elementos esenciales de un ordenamiento objetivo. Tampoco, hemos de olvidar la *STC 53/1985*,¹¹⁶ que los declara como

¹¹³ STC 160 (FJ 3) y 161/1987 (FJ 3)

¹¹⁴ «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

¹¹⁵ «BOE» núm. 119, de 18 de mayo de 1985, Sala Primera. Recurso de amparo núm. 534/1983. Sentencia número 25/1985, de 22 de febrero.

¹¹⁶ «BOE» núm. 119, de 18 de mayo de 1985, Pleno. Recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983. Sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril.

fundamento del orden político y de la paz social. Esto en la práctica significa que el Estado, en un régimen de libertades como el nuestro, los asume como componentes estructurales básicos, en el plano de la justificación normativa.

La confusión de su tenor literal afecta a la concreción de su contenido, pues vimos que sería el derecho a objetar a un servicio militar que ya no existe, gracias a una normativa específica que permitía acogerse a una prestación social sustitutoria, que tampoco es ya necesaria. Sin embargo, la sorprendente flexibilidad interpretativa de nuestro Derecho ha permitido extender sus concreciones doctrinales a otros sectores, por las necesidades imperiosas de la realidad práctica y la gran dificultad de alcanzar mayorías parlamentarias reforzadas para introducir reformas constitucionales en materia de Derechos Fundamentales. Esa deficiencia regulatoria es la que ha llevado a la jurisprudencia, en numerosas ocasiones, a la labor de asimilar su interpretación al contenido de otros derechos: es imprescindible el mencionado art. 16.1 CE relativo al derecho a la libertad ideológica y religiosa, la llamada *libertad de conciencia*:

“Se reconoce la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público.”¹¹⁷

En esta interrelación de derechos se puede entender la *objeción de conciencia* como una extensión de la libertad de conciencia, no sólo en el sentido del derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a la capacidad de obrar de modo conforme a los imperativos de la misma. Esta íntima relación no es baladí, pues siendo uno de los principios supremos del ordenamiento jurídico, tiene el estatus de garantía institucional y vincula obligando a todos los poderes públicos a la consecución de sus objetivos. Una dimensión institucional de un Derecho Fundamental que garantiza la libre opinión pública y, por tanto, el pluralismo político propugnado en el art. 1.1 de la Constitución española como uno de los valores supremos del ordenamiento jurídico.

Por el hecho de ser un derecho personalísimo, los *titulares* de tal derecho son los propios sujetos a los que afectan esas obligaciones y deberes jurídicos a los que se pretende objetar. Para el caso de menores, el art. 12 de la Constitución española habla de

¹¹⁷ «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

la mayoría de edad a los 18 años. En España la capacidad de obrar la encontramos en los mayores de edad, pero también, aunque con ciertas limitaciones, en los mayores de 16 y menores de 18 años emancipados, los cuales, una vez extinguida la patria potestad con sus padres o tutores legales podrían ejercitar acciones en defensa de sus intereses legítimos, por sí mismos o por mediación de curadores. En los demás casos los padres o tutores legales ejercen, sin ningún problema, las acciones que estimen oportunas en nombre de sus hijos como vemos, por ejemplo, en la sentencia *STC 28/2014* que trató la problemática de la objeción de conciencia a la asignatura de educación para la ciudadanía,¹¹⁸ en cuyos procedimientos los padres han representado los intereses legítimos de sus hijos, sin ningún problema de legitimación ante los Tribunales.

C. El bien jurídico y sus aspectos conflictivos

El *bien jurídico* protegido con el ejercicio de la objeción de conciencia sería la *integridad y dignidad* personal, más que en su vertiente física, en su perspectiva inmaterial, sea moral, religiosa o ideológica, recogidas en los arts. 10 y 15 de la Constitución, como oposición a los mandatos legales cuyo cumplimiento efectivo pudieran menoscabar estos bienes jurídicos tan esenciales. Para la protección de este contenido el ordenamiento jurídico prevé mecanismos específicos, evitando presuntos menoscabos de la integridad y la dignidad personal. Los bienes jurídicos protegidos son el contenido esencial de las convicciones ideológicas, religiosas y filosóficas, es decir, el bloque esencial de nuestras creencias más íntimas y personales, que son muestra del derecho de libertad y del pluralismo en nuestra sociedad.

El propio Tribunal Constitucional en su *STC 120/1990*, habla de la *dignidad* de la persona y delimita su alcance:

¹¹⁸ «BOE» núm. 73, de 25 de marzo de 2014, la *Sentencia* estimó que la *objeción de conciencia*: “no se puede extender con carácter general, como un mecanismo para obviar el cumplimiento del ordenamiento siempre que se considere contrario a las propias convicciones, sino que puede ejercerse frente a deberes concretos. Tratándose de un derecho sujeto a límites, en el presente caso no se ha acreditado cuál es el interés prevalente del Estado que justifique una lesión de derechos como la denunciada [...] una asignatura con contenidos cívicos como los que recoge y en consonancia con normativas europeas, no supone un adoctrinamiento, ni un contenido que pueda lesionar de forma clara y directa las creencias o convicciones previas del apelante.”

“Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en la que la persona se encuentre (...) constituyendo, en consecuencia, un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para estimar que, en cuanto ser humano merece la persona.”¹¹⁹

En esta sentencia vemos como el valor espiritual y moral inherente a la persona forma parte de ese *mínimum invulnerable* que los sistemas jurídicos se han de esforzar en salvaguardar, con sus legislaciones protegiendo y desarrollando estos principios rectores del ordenamiento jurídico.

2.3.3 Límites y aspectos conflictivos latentes

Por lo que nos dice el mandato constitucional, apoyado en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional: STC 53/1985, STC 177/1996, STC 154/2002 y STC 101/2004,¹²⁰ entre otras, la *objeción de conciencia* no se puede extender de forma generalizada a cualquier tipo de objeción, la *interpositio legislatoris* comentada del art. 30.2 CE obliga a una ley regulatoria. Así, se hizo en su día con la objeción de conciencia al servicio militar, se reconocía el derecho por sentencia hasta que la Ley de la objeción de conciencia y prestación social sustitutoria lo regulara,¹²¹ y más recientemente en determinados ámbitos sectoriales, para los profesionales sanitario o los farmacéuticos, con la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.¹²² Pero, existen otros muchos supuestos conflictivos que se dan en la vida práctica¹²³ (Anexo I).

¹¹⁹ «BOE» núm. 181, de 30 de julio de 199. (FJ 4. 6º)

¹²⁰ «BOE» núm. 119, de 18 de mayo de 1985; «BOE» núm. 303, de 17 de diciembre de 1996; «BOE» núm. 188, de 7 de agosto de 2002; «BOE» núm. 151, de 23 de junio de 2004.

¹²¹ «BOE» núm. 161, de 7 de julio de 1998.

¹²² «BOE» núm. 55, de 04/03/2010.

¹²³ Véase en el *Anexo I* el análisis jurisprudencial de algunas de las sentencias más significativas relativa a la objeción de conciencia de los funcionarios públicos.

2.3.4 Objeción de conciencia en los profesionales del derecho

A. De los profesionales del derecho adscritos a la función pública

Este sector lo conforman un amplio elenco de profesionales, entre los más conocidos por trabajar en los Tribunales encontramos a los jueces, fiscales, abogados del Estado, procuradores, forenses, peritos, etc. Éstos actúan en interés público como funcionarios, y un posible ejercicio de la objeción de conciencia en su interés legítimo choca frontalmente con su especial deber de actuar en la función pública, el art. 103.1 de la Constitución española nos dice:

“La Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.”¹²⁴

Esto es debido a que el funcionario, al incorporarse a la Administración Pública deviene Administración Pública, por razón de la función o potestad que le viene encomendada,¹²⁵ presentando un especial vínculo con la Administración que los vincula también a una especial observancia del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias, entre otras: el deber de obediencia, el principio de jerarquía, el principio de eficacia de la actuación administrativa, el principio de legalidad, el principio de confianza legítima, el principio de la buena fe y su sometimiento al peso de la potestad disciplinaria de la Administración.

Estos principios rectores de su actividad son causas limitativas de sus pretensiones objetoras actuando en su ejercicio profesional ya que, cualquiera de sus incumplimientos en su deber especial de obediencia a la ley por razón de su cargo, conlleva un peligro de llamadas al orden, expedientes disciplinarios, hasta el más gravoso de incurrir en prevaricación administrativa y penal. Ante los conflictos posibles, si estos temas acaban en los Tribunales, se abriría la posibilidad de que tras dirimir su relevancia constitucional, determinen si podría reconocérseles el derecho, bajo los principios de proporcionalidad,

¹²⁴ *Ibid.*, «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

¹²⁵ J. BUXADÉ. (2007): “La objeción de conciencia en la función Pública.” *Objeción de conciencia y función pública*. CGPJ, Madrid, p. 154.

congruencia, idoneidad y juicio de necesidad, recogidos en reiteradas sentencias (STC 55 y 207/1996 o la STC 37/1998).¹²⁶

En las profesiones jurídicas no existe una regulación específica de la objeción de conciencia. Habremos de atender a los criterios de la STC 154/2002¹²⁷ para la que, en el caso concreto de que el supuesto de hecho adquiriera la relevancia constitucional de una objeción, sin regulación previa del derecho: “sólo puede resultar de un juicio de ponderación que atienda a las peculiaridades de cada caso.”¹²⁸ Ésta parece ser una solución en precario, que ha mantenido enrocado el ejercicio del derecho durante muchos años, en muchos temas sin una regulación específica.

Una solución podría ser llevar a cabo una regulación completa y general. Una respuesta que desgraciadamente depende del estatus constitucional que adoptemos respecto al derecho, pues: si lo entendemos como un Derecho Fundamental requeriría de una Ley Orgánica que lo regule, para la que exige una mayoría reforzada para su aprobación parlamentaria; pero, si lo consideramos como un derecho constitucional con estatus especial, fuera de la Sección 1.ª Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, con una Ley Ordinaria pudiera ser suficiente para suplir ese déficit regulativo.

B. La objeción de conciencia en la abogacía

La abogacía es una profesión orientada fundamentalmente al servicio de los intereses privados, aunque no siempre suele ser así necesariamente, véanse los abogados en plantilla de los sindicatos, habitualmente contratados en régimen de exclusividad para la defensa de los derechos laborales de sus sindicalizados, o los abogados de las corporaciones de derecho público, o los abogados del Estado en defensa de la Seguridad Social o de la Agencia Tributaria, etc., dependientes de los intereses de la Administración pública a la que representan que, además, por regla general, incurren en incompatibilidades con determinada actividad privada. Existe un amplio catálogo de

¹²⁶ «BOE» núm. 102, de 27 abril de 1996; «BOE» núm. 19, de 22 de enero de 1997 y «BOE» núm. 65, de 17 marzo de 1998.

¹²⁷ «BOE» núm. 188, de 7 de agosto de 2002.

¹²⁸ *Ibid.*, (FJ 7)

profesionales, que desarrollan su función en oficinas públicas o semi-públicas o en despachos profesionales privados, sean unipersonales o colectivos en el régimen de las sociedades profesionales, tanto a nivel local, nacional o internacional, en firmas que se constituyen en regímenes de asociados o contratados o cualquier otra fórmula legal prevista por la regulación corporativa y mercantil del lugar.

El ejercicio de la abogacía en el sector privado no tiene un régimen y estatuto profesional tan estricto y limitativo de la autonomía profesional como los otros profesionales adscritos a la función pública, pero sí poseen un Estatuto profesional específico, unas normas corporativas, unos códigos deontológicos profesionales y una sumisión a las normas y el imperio a la ley que limita mucho su etiqueta de profesión liberal, que básicamente queda circunscrita a la libre elección de los casos y clientes, así como la estrategia jurídica a seguir. Esa regulación de su actividad se acentúa en ciertos servicios que presta, por ejemplo, los llevados a cabo en el ámbito de la asistencia jurídica gratuita, el derecho concursal, en la función de contadores partidores, en la conciliación o la función de emitir dictámenes o realizar periciales, etc., donde desarrollan su actividad bajo esas fuertes connotaciones de servicio público.

Un letrado puede incurrir en un amplio catálogo de responsabilidades en su actuar, ya sean responsabilidades penales o civiles, por dolo o imprudencia, incumplimiento del encargo profesional o por responsabilidades administrativas derivadas de un expediente disciplinario. Ante esos inconvenientes, la capacidad en conocimientos técnicos y su educación en principios y valores morales resulta primordial y le ayudan al formularse su juicio moral antes de actuar, de lo contrario podría incurrir en esas graves responsabilidades específicas recogidas, por ejemplo, en el Estatuto General de la Abogacía, con un art. 81 que determina que el Decano y la Junta de Gobierno, en el ejercicio de su función disciplinaria, podrán sancionar las infracciones de los deberes profesionales o las éticas de conducta con amonestaciones privadas, apercibimiento por escrito, suspensión del ejercicio de la abogacía, por un plazo no superior a dos años, o la expulsión del colegio profesional como sanción más grave.

I) En el caso de una abogada/o adscrita al servicio de justicia gratuita que se niega a llevar a cabo la representación que le es asignada obligatoriamente, por ejemplo, cuando se le asigna la representación de un acusado por delitos graves: abusos sexuales a

menores, agresiones sexuales, terrorismo, u otros, y por razones diversas, ya sean, de conciencia, moral, éticas, religiosas o ideológicas no desea llevar a cabo su representación, esta posición sería la de una *objeción* a un deber de obediencia. Por un lado, estaría contraviniendo la Ley de asistencia jurídica gratuita y su Reglamento; por otro, estaría menoscabando el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva del acusado penalmente, es decir, el derecho a la defensa y a la asistencia del letrado recogida en el art. 24 de la Constitución.

En estos casos, sin regulación específica, si solicita ante el Tribunal la renuncia y la consiguiente solicitud de su sustitución, podría alegar desavenencias con el cliente, con suspensión de actuaciones. Pero, si lo hace ante el juzgado por razones de conciencia, y tanto el juzgado como la Comisión de justicia gratuita, dependiente de su Colegio Profesional y la Administración de Justicia sea central o autonómica, se la deniegan, porque prevalece el derecho de defensa, la negativa a continuar con el encargo profesional podría llevar aparejadas fuertes consecuencias jurídicas.

El temor a las consecuencias jurídicas en el cálculo de pros y contras limita el deseo íntimo de la conciencia. La fórmula del tópico: “el disfrute de los derechos de uno acaba donde empieza el de los demás” no se cumple, porque el derecho del letrado, no podría ni iniciarse, ya que supone la exposición a unas consecuencias jurídicas devastadoras en la esfera personal y profesional, que pueden inhabilitarle o exponerle a responsabilidades administrativas o penales, comprometiendo seriamente su futuro profesional.

Sin una regulación específica que recoja estos supuestos específicos, el profesional que se aventurara en su ejercicio práctico chocaría de pleno con un Derecho Fundamental de mayor estatus constitucional, al derecho de defensa con una la tutela judicial efectiva, al no tener discusión sobre su naturaleza como el de objeción de conciencia y un sistema de protección de forma preferente y sumaria por cualquier Tribunal, el del art. 24 de la CE. El posible objetor se vería abocado a una situación tremendamente indeterminada, no regulada, ni siquiera calibrada doctrinal y jurisprudencialmente.

Una acción unilateral de desobediencia por razones de conciencia que no fuera reconocida por el órgano al que se la solicita acarrearía funestas consecuencias para el

profesional, no sólo por la relevancia penal de la desobediencia a una resolución judicial, como pudiera ser un auto judicial que deniega la solicitud de sustitución del letrado objetor, sino, también, al generarse un conflicto administrativo frente al Colegio Profesional, con un posible expediente disciplinario cuya sanción más grave pudiera ser la expulsión del mismo, y en consecuencia, la forma de ganarse la vida para una profesión que depende para su ejercicio de su colegiación activa. Además, adheriríamos la consabida responsabilidad civil por incumplimiento del encargo profesional con el cliente, cuyo incumplimiento puede generar la responsabilidad por daños y perjuicios recogida en el art. 1101 del Código Civil.

Una solución estratégica, ante este conflicto quizás sería recurrir ese auto denegatorio, buscando el amparo constitucional, pero nos encontramos ante el hándicap adicional acerca de la naturaleza jurídica del derecho que venimos arrastrando, pues si es considerado tan solo como un derecho constitucional, no podremos acogernos al procedimiento preferente y sumario de protección reservado para los Derechos Fundamentales. En ese caso su protección se rebajaría al procedimiento del art. 53.2 de la Constitución, ante el cual, nos llevará a tratar de agotar todas las instancias ordinarias hasta poder plantear como última instancia el oportuno recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, cuyas posibilidades de admisión entre los miles presentados al año, según las estadísticas oficiales del propio Tribunal, son ínfimas.¹²⁹

II) Las situaciones de conflicto se agudizan por la especial relación establecida entre los abogados y sus clientes. Este es un esquema conceptual antiguo,¹³⁰ recogido en

¹²⁹ La memoria anual de 2019 en el Tribunal Constitucional arroja un frío dato estadístico al respecto, ese año judicial llegaron al alto tribunal 7.621 asuntos (de los que 7.554 eran demandas de amparo, 27 recursos de inconstitucionalidad, 33 cuestiones de inconstitucionalidad, 6 conflictos de competencia y 1 impugnación de disposiciones autonómicas) ese mismo año se dictaron 178 sentencias, (entre las 2 salas y sus secciones y el pleno) (también, se dictaron 184 autos con menor afección a un posible interés de amparo constitucional de un profesional de derecho, de los que 21 fueron de inadmisión, 92 de suspensión de disposiciones, 34 recusaciones y abstenciones) lo primordial del dato estadístico es que la *ratio* anual de sentencias 178 resoluciones, frente a las 6.239 providencias y autos de inadmisión dejan un balance claro de las dificultades de conseguir una admisión de un asunto en el Tribunal Constitucional. [<https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx>]

¹³⁰ Aunque el mismo se ha visto parcialmente modificado, recientemente, a partir del art. 31.bis de la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal, que incluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas, donde un abogado particular o del turno de oficio, puede llevar la representación de estas entidades, con lo que la antigua relación personal de confianza del viejo esquema, evidentemente, para estos supuestos, no puede seguir manteniéndose con esta nueva regulación.

el Estatuto General de la Abogacía¹³¹ y el Código Deontológico.¹³² El art. 4 del Código Deontológico, manifiesta que la relación establecida entre el abogado y el cliente “se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente,” estando obligado a “no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquel.” El mismo Código en su art. 13.1 nos dice que “la relación entre el abogado y el cliente debe fundarse en la recíproca confianza.” Esta relación ha sido defendida por el Tribunal Supremo, nos lo muestra la STS del 3 marzo de 1990, al entender que “la relación del cliente con el abogado está basada en la confianza, de suerte que desaparecida ésta, debe cesar dicha relación.”¹³³

El Estatuto General de la Abogacía habla de la facultad de aceptar y rechazar encargos profesionales por parte de los abogados, en su art. 26.1 manifiesta que:

“Los abogados tendrán plena libertad de aceptar o rechazar la dirección del asunto, así como de renunciar al mismo en cualquier fase del procedimiento, siempre que no se produzca indefensión al cliente.”

Esta posibilidad también viene complementada por el art. 13.3 de Código Deontológico, al manifestar que:

“El abogado tendrá plena libertad para aceptar o rechazar el asunto en que se solicite su intervención, sin necesidad de justificar su decisión.” *En el párrafo 3º del mismo artículo se nos dice:* “El Abogado que renuncie a la dirección letrada de un asunto habrá de realizar los actos necesarios para evitar la indefensión de su cliente. Cuando se trate de defensa asumida por designación colegial, la aceptación, rechazo, abstención o cese habrá de acomodarse a las normas sobre justicia gratuita y sobre este tipo de designaciones.”

A este respecto conviene señalar, que la renuncia a un asunto ha de hacerse bajo ciertas cautelas, las recogidas en el art. 553.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que nos advierte de que:

“Los abogados y procuradores serán también corregidos disciplinariamente por su actuación ante los juzgados y tribunales: 4º) Cuando renuncien injustificadamente a la

¹³¹ Aprobado por Real Decreto 658/2001 de 22 junio.

¹³² Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía el 27 de septiembre de 2002.

¹³³ RJ 1990\3578. (FJ 5)

defensa o representación que ejerzan en un proceso, dentro de los siete días anteriores a la celebración del juicio o vistas señaladas.”

Esta normativa afecta a todo el ámbito nacional y viene complementada por la autonómica, ya que, tras la delegación Estatal de competencias en materia de justicia a las Comunidades Autónomas, hizo que las que las asumieron tuvieran que organizar la prestación de algunos de sus servicios en colaboración con los Colegios Profesionales Territoriales.¹³⁴

La abogada/o tiene libertad para aceptar o rechazar la dirección letrada de un asunto, en cualquier fase del procedimiento, sin apenas necesidad de motivar sus razones, siempre que no se produzca indefensión en el cliente. El juez para evitar abusos y fraudes procesales puede denegarla al entender perjudicado el interés público, en el sentido del art. 11 de la LOPJ al manifestar que:

“Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.”

Este artículo permite denegar la renuncia, cuando no se hace con las debidas cautelas, por ejemplo, en esos siete días previos a una diligencia o vista, conforme art. 553.4 LOPJ.

Pero si, a pesar de proceder con la diligencia debida avisando al juzgado con tiempo, y esta pretensión le es denegada a favor del derecho de defensa, al abogado sólo le queda la posibilidad de acudir a la diligencia, para que conste en acta su deseo de

¹³⁴ En esa delegación de competencias, por ejemplo, al hablar de un ámbito territorial, el Colegio Profesional de Abogados de Alicante, por junta General Extraordinaria de 1993 aprobó el Reglamento del Turno de Oficio y Asistencia al Detenido, en cuyo art. 7 manifiesta que “el letrado designado para asistir al detenido en el correspondiente centro de detención –Comisaría, Guardia Civil, Policía Local, etc.– vendrá obligado a continuar prestando su asistencia ante el órgano jurisdiccional y a defenderlo en el procedimiento que origine dichas actuaciones hasta que en el mismo recaiga sentencia firme de conformidad con lo establecido en el art. 788 LECrim, y en las incidencias que dimanen de la ejecutoria.”

En el mismo Código, el art. 26 cuando nos habla de las infracciones, manifiesta que “el incumplimiento de las obligaciones establecidas en este reglamento, serán constitutivas de faltas, en sus distintas modalidades conforme al Código Deontológico. Ello dará lugar a que la Comisión pertinente, previo expediente informativo, proponga a la Junta de Gobierno la adopción de las medidas disciplinarias correspondientes.” Para los supuestos más graves, ya vimos como las normas corporativas disciplinarias, en su art. 81 del Estatuto General de la Abogacía contemplaba en los expedientes disciplinarios como sanción más grave la expulsión del Colegio Profesional.

renunciar y, si el cliente, allí presente se muestra conforme, se suele acabar suspendiendo a expensas de una nueva designación y señalamiento, pero si no ocurre así, se está obligado a continuar en el procedimiento actuando en representación del cliente, aunque se puede dejar constancia de la protesta a efectos de un hipotético recurso posterior.

III) Los abogados/as que actúan por designación del Turno de Oficio en el servicio de justicia gratuita, actúan desempeñando una función pública que se funda en el interés público de la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa, por el que el Estado se ve obligado, a fin de evitar indefensión y por mandato constitucional a facilitar asistencia jurídica a todo investigado. En este caso, el letrado no puede renunciar salvo incompatibilidades admitidas por la Comisión del Turno de Oficio, que es un catálogo restringidísimo. Ante una hipotética ponderación entre dos derechos constitucionales, el reseñado art. 30.2 CE de la objeción de conciencia frente al art. 24. 1 y 2 CE relativo al derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa, el criterio valedor daría un claro vencedor. El que sea considerado como Derecho Fundamental, partiendo de la lectura literal del texto constitucional, sólo sería el contemplado en el art. 24 CE y, es lo que viene defendiendo con insistencia la doctrina jurisprudencial mayoritaria a raíz de la cardinal STC 160/1987, de 17 de octubre, ya mencionada.

Si nos alejamos de esa perspectiva literal en la lectura de la Constitución y vamos a la perspectiva de la aplicación de la doctrina jurisprudencial, existe esa otra teoría doctrinal defendida en numerosas sentencias que, al relacionarlo íntimamente con el art. 16 CE de la libertad de conciencia, lo convierten en Derecho Fundamental. Tras ponerlo al mismo nivel que el derecho de defensa del acusado ante el Tribunal que tuviera que entrar en el fondo del asunto, se le plantearía una seria encrucijada, al tener que dilucidar qué derecho ha de prevalecer o a cuál de ellos le da más valor.

Si no forzamos tanto la interpretación y, por el contrario, consideramos que el derecho a la objeción de conciencia tiene un rango inferior a los Derechos Fundamentales, la decisión del Tribunal es fácil y tendría más fuerza el derecho de defensa frente a nuestro pretendido interés legítimo a hacer valer nuestra razón de conciencia. Por ese motivo la decisión respecto a su naturaleza es crucial, pues, influiría en el procedimiento de protección y el cauce procesal a seguir. En síntesis, podemos concluir manifestando que:

Por un lado, si es considerado derecho fundamental, podríamos acudir buscando su protección ante cualquier Tribunal, bajo el cauce del procedimiento preferente y sumario, algo mucho más rápido y eficaz, y si no es del todo satisfactoria esta vía, planteado un incidente de nulidad de actuaciones del 241.1 LOPJ, como requisito de admisibilidad, seguiríamos la vía ordinaria hasta agotar todas sus instancias llegando como última instancia en el ámbito nacional al recurso de amparo, lo que aumenta considerablemente sus posibilidades de protección.

Por el contrario, si es considerado un derecho de rango inferior, habría que agotar la vía ordinaria, partiendo desde un incidente de nulidad de actuaciones, sustanciar un tedioso proceso de recursos por las Audiencias Provinciales competentes y el Tribunal Supremo, para acudir en última instancia al recurso de amparo, proceso más largo, costoso y complicando, donde la media anual de demandas admitidas a trámite por el Tribunal Constitucional son bajísimas conforme a su estadística anual, limitando considerablemente las posibilidades de protección del derecho a la objeción de conciencia para estos profesionales del derecho.

2.3.5 Unas propuestas de enmienda a sus problemáticas

Podemos concluir manifestando que la objeción de conciencia desde su reconocimiento constitucional hasta la actualidad, y su ejercicio arrastran una serie de trabas endémicas que hemos ido resumiendo, entre las principales señalábamos:

1. Las insuficiencias del tenor literal anacrónico del art. 30.2, para el que la doctrina jurisprudencial tuvo dos interpretaciones, la de considerarla un derecho fundamental o dejarlo fuera de esa categoría, las cuales, afectaba su régimen de protección;
2. La obligatoriedad de una *interpositio legislatoris*, que obliga a regular todos los supuestos de ejercicio;
3. Las dificultades de los profesionales del derecho adscrito al servicio público para objetar por razones de conciencia.

Una propuesta de resolución podría ser que el legislador acometiera una Ley Orgánica integral regulativa de su ejercicio, con una completa regulación garantista, que diera cabida a los máximos supuestos prácticos posibles, dotándonos de unos criterios claros y uniformes para su aplicación, a la vez extensibles analógicamente a otros supuestos, tras el oportuno examen de relevancia, proporcionalidad e idoneidad constitucional sin temor a quebrar el Estado de Derecho. Los profesionales del derecho: jueces, fiscales y otros juristas de la Administración, deben tener facilidades suministradas por una legislación clara y accesible que establezca cauces legales y apropiados para objetar. La falta de regulación no ha de ser un óbice para verse menoscabado en sus Derechos Fundamentales o constitucionales a la libertad de conciencia, sufriendo una discriminación, contraria al principio de igualdad recogido en el art. 14 CE, en cuanto al ejercicio de sus derechos.

El Estado de Derecho no corre peligro al facilitar la posibilidad de objetar, en cambio, los derechos ciudadanos sí se ven restringidos ante el proceso de juridificación. Mientras se sigan poniendo cortapisas al ejercicio de los derechos de libertad, se seguirán coartando las conciencias de unos ciudadanos libres, que obtuvieron sus prerrogativas en un complejo proceso de articulación jurídico-institucional, dentro de un proceso tan costoso de progreso y logros sociales, que con el Derecho y su institucionalización adquieren carta de universalidad y seguridad jurídica, una vez que las constituciones han positivado esos logros éticos y morales en el imaginario interpretativo de la humanidad que se pone en juego en los avatares de la vida práctica.

2.4 El juicio moral del jurista en los conflictos prácticos. Antecedentes y sus claves en Jürgen Habermas.

2.4.1 La razón práctica en el profesional del derecho

Del análisis más jurídico y doctrinal del derecho pasamos al tratamiento filosófico de la razón práctica del jurista, un tema peliagudo, especialmente, cuando estamos ante unos juicios complejos que implica conflictos de intereses. El debate filosófico sobre las cuestiones prácticas encuentra un diagnóstico sagaz en Jürgen Habermas, un pensador imprescindible en filosofía moral, política, del derecho y la sociología contemporánea, que desde la segunda mitad del siglo pasado ha dejado una gran impronta en la cultura filosófica mundial, al profundizar de una forma tan metódica y pormenorizada en la mayoría de los temas que nos atañen. Para entender la evolución de la razón práctica, el autor nos habla de sus momentos claves en las tres grandes tradiciones filosóficas:

“Para *Kant* la razón práctica coincide con la moralidad: sólo en la autonomía son la razón y la voluntad la misma cosa. Para el *empirismo*, la razón práctica se funde con su uso pragmático hasta desaparecer en él: queda reducida, en términos kantianos, a la utilización teleológica de la actividad intelectual. En la tradición *aristotélica*, la razón práctica asume el papel de una capacidad de juzgar que ilustra el horizonte biográfico de un *ethos* asimilado por acostumbramiento.”¹³⁵

Según Habermas, en los problemas prácticos que se resuelven por medio de discursos o juicios pragmáticos:

“En todos esos casos, buscamos fundamentos en los que apoyar una decisión racional entre las distintas posibilidades de acción en vista de un problema que *tenemos que* resolver si *queremos* alcanzar un determinado objetivo. También los objetivos mismos pueden hacerse problemáticos.”¹³⁶

Estos problemas pendientes de resolución los encontramos constantemente en el Derecho –cada conflicto que se dirime ante los juzgados o frente a la Administración

¹³⁵ J. HABERMAS. (2000): *Aclaraciones a la ética del discurso*. Trad. José Mardomingo, Trotta, Madrid, p. 119.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 111.

implica uno o varios de ellos—. En el Derecho estamos ante un mundo lleno de intereses contrapuestos de todo tipo, en el que constantemente sus profesionales se ven sometidos en el fragor de tales conflictos a dilemas prácticos —es decir, técnica y acción a tomar reducidos a unos cauces específicos institucionalizados— que pueden, o suelen contener, un trasfondo de dilemas morales en concurrencia con intereses personales, para el que hemos visto un ejemplo claro con la objeción de conciencia.

Utilicemos un ejemplo ilustrativo para ver el funcionamiento de un posible juicio pragmático que un letrado/a pudiera conformarse enfrentando a un dilema práctico, en un caso particular, por ejemplo, asistiendo un abogado a un cliente que sufre unas lesiones a consecuencia de un accidente de circulación. El típico golpe de dos vehículos en un cruce de nuestra red vial, causado porque uno de los conductores no ha respetado una prioridad de paso. La legislación vigente permite, acudir a:

1. Una *vía penal*, apelando a un presunto *delito* de lesiones leves por imprudencia, procedimiento que implica unas mayores facilidades para solicitar la práctica de diligencias preliminares y complementarias de investigación de una forma más ágil y gratuita, fueran estas diligencias policiales, atestados, indagatorias, oficios, testificales o la más demandada los informes perito-forenses del instituto de medicina legal.

La gran ventaja, por ejemplo, de la pericial forense es que la gran mayoría de compañías de seguros, codemandadas como responsables civiles subsidiarias, suelen aceptar sus dictámenes, ante el temor de que si no lo hacen en las fases previas de negociación, en un alto porcentaje de posibilidades, lo habrían de hacer ante un juzgador posterior, que suele aceptar la autoridad del forense público, incrementando, con ello los gastos judiciales a soportar.

Estas ventajas la perfilan como una *vía óptima*, en definitiva, de medios para lograr los fines pretendidos, pero con el gran inconveniente —dilema moral del letrado iniciador de la causa— de tener que someter al presunto responsable a una de las mayores cargas de reprochabilidad social, la propia de ser un investigado y condenado en una causa penal, así como los posibles inconvenientes anejos tan graves de una futura condena penal.

El fin es la búsqueda de un resarcimiento de daños y perjuicios de la forma más rápida y eficaz posible para nuestros clientes, forzar y agilizar la cesión de las pretensiones del demandado y las compañías de seguros en la negociación; en definitiva, una razón pragmática y estratégica a todas luces, con medios menos escrupulosos o éticos para lograr dichos fines.

2. El otro cauce jurisdiccional que se podía tomar es la *vía civil*, por una acción de indemnización de daños y perjuicios,¹³⁷ siempre bajo algunas salvedades legales del tipo que no se hubieran realizado unas diligencias policiales previas o atestado, cuya instrucción penal absorbería e interrumpía la vía civil hasta su sustanciación, debido a la prevalencia de la jurisdicción penal sobre la civil. Algunos casos de esas circunstancias típicas que abre la vía penal son: la conducción temeraria o bajo los efectos de sustancias ilegales o en niveles no permitidos de alcohol, lesiones graves u homicidio imprudente, etc., que son menos numerosos a nivel porcentual en la gran litigiosidad por accidentes comunes de circulación.

En estos siniestros, aunque, la gran mayoría de los casos eran dinámicas de pequeños golpes resueltos con partes amistosas que las mediaciones extrajudiciales de las compañías aseguradas solían resolver. Ante la negativa de la misma a resarcir de forma más automática las pretensiones del reclamante o denunciante por parte del presuntamente responsable y de su compañía de seguro la letrada/o se veía ante la disyuntiva de optar por una de estas dos vías.

El optar por el procedimiento civil implicaba asumir más gastos que la vía penal:

1. El de un abogado defensor y procurador, si no existía un derecho a la justicia gratuita y la posibilidad de ser condenado a las costas procesales de la parte contraria.

¹³⁷ El artículo 1106 del código civil recoge los conocidos daños emergentes y el lucre cesante “la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor.”

2. Los gastos de los informes médicos para la determinación de las secuelas que, por cierto, al ser promovidos por interés de parte frente a los del instituto de medicina legal públicos, las compañías de seguros se mostraban más reticentes a aceptarlos, por el hecho común de que en muchos casos recogían exageraciones de las lesiones en pro de indemnizaciones mayores.
3. Un posible perito reconstructor de la dinámica del siniestro, ante posibles dudas de la dinámica del accidente y la falta de diligencias policiales o atestado de los que la instrucción penal si podía aportar.

Al encontrarnos ante la posibilidad de diversos medios para lograr un fin en palabras de Habermas:

“Todo esto depende en primera línea de nuestras preferencias y de las opciones que nos están abiertas en cada situación [...] lo que sea racional hacer está determinado en parte por lo que quiera: de lo que se trata es de la elección racional de los medios para un fin dado, o de la ponderación racional de los objetivos dentro de un marco de preferencias ya existentes. Nuestra voluntad ya está fijada fácticamente por deseos y valores; abierta a otras determinaciones lo está solo en lo que respecta a las alternativas de la elección de los medios o de la fijación de los objetivos. Lo único que está en juego son las técnicas más apropiadas para [...]”¹³⁸

En este caso, la técnica jurídica pone a nuestra disposición dos procedimientos judiciales, ¿Cuál es el más apropiada? ¿Qué medio es más racional? Cada uno, con sus peculiaridades y requisitos comentados, parecen y son racionales, desde la racionalidad jurídica que los crea, pero uno presenta más racionalidad ética que el otro, lo veremos.

Conforme al análisis habermasiano de la razón práctica instrumental, el fin es conseguir el resarcimiento de los daños y perjuicios producidos en las personas y/o en las cosas a instancia de un cliente, tras un accidente sufrido por la presunta responsabilidad de un tercero. En el juicio pragmático del jurista se ponderan y valoran los pros y los contras de todas las posibilidades bajo todas sus circunstancias y consecuencias. Un juicio de medios para conseguir el fin deseado. Este juicio ponderativo de valores en juego, en principio, muestra que la vía penal es la más pragmática frente a la vía civil:

¹³⁸ J. HABERMAS. (2000): *Aclaraciones a la ética del discurso. op. cit.*, p. 111.

1. Las ventajas son: la agilización de los tiempos de resolución genera menos gastos, facilita el pago de la responsabilidad civil.
2. Los inconvenientes:
 - a. Se genera un estigma social de reprochabilidad más acuciado.
 - b. Los incumplimientos en el resarcimiento de los daños y perjuicios implican responsabilidades más gravosas para el posible penado, por ejemplo, pudiera ocurrir que el futuro condenado estuviera disfrutando de una suspensión de otra condena por otro delito, y la nueva condena, conforme al régimen legal de suspensión y reincidencias delictivas, podría suponerle la revocación de dicho privilegio y su ingreso en prisión: o que una vez condenado por estas lesiones, si tuviera otras condenas posteriores por el mismo u otros delitos computables podría no acceder al beneficio de la suspensión de esa nueva condena privativa de libertad y tener que ingresar en prisión.

En los supuestos prácticos del Derecho, nos damos cuenta de que la razón y la voluntad pueden ir por derroteros diferentes cuando hablamos de discursos pragmáticos. Por eso, desde la perspectiva ética a la hora de conseguir un fin, entra en juego la valoración de los medios –adecuación de los fines a los medios apropiados en una ética de la responsabilidad weberiana–. En la razón práctica se delibera sobre *lo bueno*¹³⁹ (lo vemos en Rorty) y *lo justo*¹⁴⁰ (en Ricoeur), categorías abiertas a la subjetividad que han tratado de evitar los partidarios de las éticas formales o procedimentales, tipo Habermas, por su acercamiento a lo variado de gustos y preferencias y las tentaciones del prescriptivismo moral, frente a una autonomía personal que se ha erigido en el epicentro del sistema liberal de derechos, que ha sido la piedra filosofal de la modernidad y de la génesis de los sistemas políticos: liberales, democráticos y constitucionalistas actuales.

¹³⁹ Cfr., R. RORTY. (1991): *Contingencia, ironía y solidaridad*. Trad. Alfredo Eduardo, Paidós, Barcelona.

¹⁴⁰ Cfr., P. RICOEUR. (1993): *Amor y justicia*. Trad. Tomás Domingo Moratalla, Caparrós, Madrid; (1999): *Lo justo I*. Trad. Agustín Domingo Moratalla, Caparrós, Madrid; (2008): *Lo justo II*. Trad. Tomás Domingo Moratalla y Agustín Domingo Moratalla, Trotta, Madrid.

Para Habermas la elección racional requiere de algo que afecta al juicio deliberativo del jurista, de observaciones, indagaciones, comparaciones y ponderaciones, moviéndose en el horizonte de la *razón instrumental*:

“En casos complejos, es necesario incluso desarrollar estrategias de toma de decisión mediante las cuales la razón se cerciore de su propio procedimiento y se haga reflexiva, por ejemplo, en la forma de una teoría de la elección racional. Mientras la pregunta ‘¿Qué debo hacer?’ se refiera a esas tareas pragmáticas, será oportuno efectuar observaciones e indagaciones, comparaciones y ponderaciones con base en datos empíricos, desde el punto de vista de la eficiencia, o con ayuda de otras reglas de decisión (racional). La reflexión práctica se mueve aquí en el horizonte de la racionalidad teleológica (instrumental) y con el objetivo de encontrar técnicas, estrategias o programas apropiados.”¹⁴¹

Frente a la racionalidad teleológica –instrumental– del juicio pragmático, el discurso racional confrontado –dialéctico– en un foro público como el judicial, se da dentro de unas reglas básicas de la comunicación y unas específicas impuestas por el derecho procesal. El juego dialéctico puede ayudar a modular éticamente el curso de la acción y conseguir soluciones en un conocimiento colaborativo que se implementa en el procedimiento, ya que el discurso conecta deliberativamente a los interlocutores del Derecho que valoran ponderativamente la adecuación de los hechos a los aspectos técnicos del derecho en el proceso judicial:

1. El abogado ha introducido en el debate institucional unos hechos alrededor de los cuales se pueden dar diversas interpretaciones en relación a la normativa jurídica vigente.
2. El letrado contrario, la fiscalía o el juez examinan su pertinencia y formulan sus pretensiones o conclusiones, que pueden ser ratificando, matizando o contradiciendo parcial o totalmente las pretensiones inicialmente introducidas, o incluso introduciendo nuevas que también tendrán la misma posibilidad de contradicción de contrario.

El juez y fiscalía entran a valorar sobre la pertinencia o no de la vía penal para un siniestro común de tráfico que, quizás, no habría que dársele tanta relevancia de reprochabilidad como la contemplada por una vía penal, en base a su juicio ponderativo,

¹⁴¹ J. HABERMAS. (2000): *Aclaraciones a la ética del discurso. op. cit.*, p. 111.

de idoneidad y relevancia, y valorativo en la interpretación de los hechos y las leyes, determinando o no la existencia de la suficiente relevancia penal, en el sentido de merecer continuar con la causa. Si el juzgador lo reafirma, lo archivará y le anunciará la posibilidad de la tutela de su derecho por la vía civil con el debido informe de la fiscalía, las partes pueden seguir contradiciendo ante el mismo foro o ante un foro judicial de apelación superior con sus argumentos jurídicos.

Lo interesante desde el punto de vista discursivo y ético es que en el foro público de los Tribunales se ha iniciado un proceso dialéctico, donde un letrado bajo un trasfondo de derecho material y unas reglas procesales ha introducido un punto de vista con sus escritos y actuaciones iniciales. Un juez ha revisado los supuestos de hecho fácticos y los jurídico-normativos implicados, un abogado contrario ha podido contradecir y una fiscal ha podido informar de su pertinencia o no, u otras muchas consideraciones admitidas en Derecho. Todos los operadores jurídicos con los mismos hechos y conocimientos similares del Derecho, su normativa, sus lagunas y sus ambigüedades, desde posiciones estratégicas propias, operan interpretando el caso práctico particular, y le infieren criterios normativos materiales que pretenden hacer prevalecer argumentativamente, en un proceso normativo procedimental, que propicia que cada uno de esos interlocutores pueda formular su discurso pragmático-valorativo de objeción, que contribuye en el conjunto a un conocimiento colaborativo global del asunto.

Entonces, respecto a todos esos aspectos técnicos en juego, podemos encontrar diversos trasfondos ético-justificativos: en la procedimentabilidad comunicativa de sus reglas de intercambios las valoraciones ético-materiales de cualquiera de los contendientes; o la del primado del *ethos* del profesional, que pudiera imponerse al pragmático. El debate discursivo ha llevado a que un posible juez con dudas razonables lleve la cuestión a la fiscalía, la virtualidad ética del propio proceso discursivo argumentativo de reconstrucción de un discurso racional-crítico, radica en la posibilidad de poder llevar el conflicto, dialogadamente, a una resolución más correcta o ética, mediada por un conocimiento colaborativo, gracias a la argumentación razonada. Lo enriquecedor de este proceso es que esa postura contraria con trasfondo ético puede hacer ver al abogado proponente, o a cualquiera de ellos en contradicción, que su curso de acción pudiera estar equivocado. Las virtudes dialécticas del sistema de Administración

de Justicia podrán seguir corrigiendo sus deficiencias en la virtud procedimental y dialéctico del Derecho por las diferentes instancias.

Este proceder podría obtener algún tipo de justificación ética, si lo conectamos en algunos de sus mecanismos con la validez procedimentalista del discurso práctico habermasiano. En su conocidísima teoría de la racionalidad comunicativa reconstruye las reglas y condiciones de validez del discurso en los procesos de interacción social, uniendo la pragmática del lenguaje y las éticas deontológicas en su versión procedimental.

En esa labor Habermas opera una amplísima labor categorizadora distinguiendo, por un lado, los discursos pragmáticos y los ético-existenciales:

“Las recomendaciones técnicas o estratégicas toman prestada su validez del saber empírico en el que se apoyan. Su validez es independiente del hecho de que un destinatario se decida a adoptar esas instrucciones para la acción. Los *discursos pragmáticos* están referidos a contextos de utilización posibles. Solo están conectados con la formación fáctica de la voluntad de los agentes a través de los fines y preferencias subjetivas de estos últimos. No existe relación interna alguna entre razón y voluntad. En los discursos *ético-existenciales* esta constelación se modifica de manera que las fundamentaciones constituyen un motivo racional para el cambio de actitud.”¹⁴² [...] “En los discurso ético-existenciales la razón y la voluntad se determinan recíprocamente, quedando esta última inserta en el contexto biográfico tematizado. A las partes implicadas no les es lícito salir, en los procesos de autocomprensión, de la biografía o de la forma de vida en las que se encuentren estando fácticamente.”¹⁴³

Por otro lado, el autor nos habla de los discursos morales-prácticos, que justificarán el viraje de su enfoque. El siguiente párrafo es definitorio de lo que debe suceder en la razón práctica, resumiendo a grandes rasgos una parte significativa de los problemas a partir de los cuales se construye su proyecto filosófico tratando de aportar soluciones:

“Por el contrario los discursos morales-prácticos exigen la ruptura con todas las obviedades de la eticidad concreta asimilada por costumbramiento, así como el distanciamiento de los contextos vitales con los cuales la propia identidad está entretejida inextricablemente. Solo bajo los presupuestos comunicativos de un discurso universalmente ampliado en el que participen todos los posibles afectados y en el que, en actitud hipotética, pudiesen tomar posturas mediante argumentos respecto de las pretensiones de validez de las normas y modos de actuar que en cada caso hayan llegado

¹⁴² *Ibid.*, p. 119.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 121.

a ser problemáticos, se constituye la intersubjetividad, de más alto nivel imbricada de la perspectiva de cada uno con las perspectivas de todos. Este punto de vista de la imparcialidad rompe la subjetividad de la perspectiva provista de cada participante, sin perder la conexión con la actitud performativa de los mismos. La objetividad del denominado observador ideal bloquearía el acceso al saber intuitivo del mundo de la vida. El discurso moral-práctico significa la ampliación ideal de nuestra comunidad de comunicación desde cada perspectiva interior.”¹⁴⁴

Para Habermas, al preguntarnos si se podría aceptar que en una situación como la mía o como la nuestra, cada cual actuara conforme a esa misma máxima de conducta el imperativo moral clásico se impondría: “no le hagas a nadie lo que no quieras que te hagan a ti.”¹⁴⁵

En un artículo previo y preparatorio a *Facticidad y Validez* continua con estas dudas sobre el juicio y su justificación moral y se pregunta una cuestión central de esta obra: ¿Cómo es posible la legitimidad por la legalidad? Nos habla de algo de gran interés para nosotros, la necesidad de la *imparcialidad* en los procedimientos jurídicos:

“Acerca del núcleo racional (en sentido práctico-moral) de los procedimientos jurídicos, sólo cabe decidir cuándo se analiza como a través de la idea de imparcialidad, tanto la fundamentación de las normas como la aplicación de regulaciones vinculantes establecen una conexión constructiva entre el Derecho vigente, los procedimientos legislativos y los procedimientos de aplicación del Derecho. Esta idea de imparcialidad constituye el núcleo de la razón práctica.”¹⁴⁶

En nuestra opinión, esta imparcialidad puede resultar un tanto utópica de aplicar para los procedimientos jurídicos en general, con la salvedad de las decisiones judiciales en las que se exige legalmente un mayor grado de ella. La razón práctica del jurista al tener que lidiar constantemente con contexto de conflicto en el que suelen haber vencedores y vencidos –suelen darse pocos acuerdos, aunque, sean de mínimos–, resulta casi imposible o poco operativo construir discursos universales hipotéticos en búsqueda de consensos que incluyan a todos los posibles afectados. El equilibrio lo marca el ordenamiento jurídico con sus principios generales de funcionamiento. Uno de los principales sentidos programáticos es evitar las arbitrariedades, buscando la universalidad

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 121.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 116.

¹⁴⁶ J. HABERMAS. (1988): “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?” Trad. Manuel Jiménez Redondo, *Doxa*, Universidad de Alicante, 5, 38.

de sus disposiciones, tratando de evitar incurrir en discriminaciones, algo expresamente proscrito por los principios constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico con las máximas garantías de protección.

Estamos ante una práctica jurídica que es intersubjetiva, requiere de una racionalidad comunicativa y no se puede prescindir de los contextos vitales y subjetivos de sus protagonistas. Estos elementos juegan un papel determinante en el juicio moral del jurista, porque tiene un marco intersubjetivo y reconocible en la experiencia vivencial y en la auto-compresión de la identidad institucional de una profesión, que se entiende mediante una narrativa histórica que va variando. Ese momento hermenéutico en él que se experimenta el conflicto y el dilema interno permite al jurista interpretar un sentido del *bien*, momento en el que Richard Rorty entiende que:

“La filosofía moral toma la forma de una narración [...] búsqueda de principios generales [...] Podemos mantener la noción de moralidad sólo en la medida en que dejemos de concebirla como la voz de la parte divina de nosotros mismos y, en lugar de ello, la concibamos como nuestra propia voz en cuanto miembros de una comunidad, hablantes de un lenguaje común. Puedo conservar la diferencia entre moralidad y prudencia si la concibo, no como la diferencia entre una apelación a lo incondicional y una apelación a lo condicionado, sino como la diferencia entre una apelación a los intereses de nuestra comunidad y la apelación a nuestros intereses privados, posiblemente conflictivos. La importancia de este cambio está en que hace imposible formular la pregunta: ‘¿Es la nuestra una sociedad moral?’ Hace imposible pensar que hay algo que se halla con respecto a mi comunidad en la misma relación en que mi comunidad se halla con respecto a mí: una comunidad más amplia llamada ‘humanidad’ que tiene una naturaleza intrínseca”¹⁴⁷

En Paul Ricoeur veremos que esa experiencia hermenéutica podrá ser también ética, facilitando una narrativa de *lo justo*, que en la experiencia profesional del letrado, desde un punto de vista moral, serían aquellos actuares profesionales que mantienen correspondencia con un ideal de jurista temporal e histórico, conectados con los principios y valores rectores del ordenamiento jurídico, que íntimamente están conectados con los principios morales de ese momento histórico en cuestión. Estas máximas para la acción moralmente responsable se representan en una identidad histórica de la profesión, que está en constante evolución, dejando el juicio moral en manos de la experiencia particular

¹⁴⁷ R. RORTY. (1991): *Contingencia, ironía y solidaridad*. Trad. Alfredo Eduardo, Paidós, Barcelona, p.78.

y la narrativa de *lo justo*, que vemos como el profesional suele proyectar en su discurso instrumental, veremos en la parte final la interpretación de tales valores desde la estimativa de los demás.

2.4.2 El giro jurídico en la teoría habermasiana de la sociedad

El Derecho es un instrumento esencial de la vivencia en sociedad, creador, uniformador, vertebrador, regulador y, sobre todo, protector de lo institucional y las personas. Muchos de los valores morales de convivencia se han impreso en un alto estatus con su positivación. El Derecho actual es fruto del racionalismo jurídico, una construcción racional humana de inspiración propia o divina, que para el mundo clásico y la Ilustración resultó ser un posible bálsamo para algunas de las derivas degenerativas de la vida política –los abusos de las asambleas aristócratas, de los tiranos, las querellas de los príncipes, la influencia del poder ejecutivo sobre el judicial, etc.– El positivismo lo llevó a unos extremos insoportables, para alejarlo de esas influencias interesadas humanas.

Al Derecho se le ha entendido en un sentido más actual, por un lado, como la solución a las arbitrariedades del mundo social, pero, por otro lado, como un instrumento usado por los resortes del poder que se mueven y gestionan la vida política bajo una razón de Estado. En ese difícil contrapunto que ha parecido encontrarse en el sentido del Derecho, para algunos autores ha de volverse a la política frente al Derecho (Del Águila, 2007) como el motor del cambio, desde una mejor política y menos Derecho, como real y eficiente solución a los problemas sociales.¹⁴⁸

En cambio, como tenemos que seguir utilizándolo tratemos de encontrar la forma de mejorarlo, porque es un instrumento esencial en la cohesión y vertebración social. Contrastados intérpretes de Habermas hablan de una voluntad del autor por revitalizarlo para el mundo de la filosofía, pues erróneamente sus antecesores lo habían marginado cayendo en una “infravaloración de las tradiciones del Estado Democrático de

¹⁴⁸ R. DEL ÁGUILA. (2007): “Política, derecho y razón de Estado.” *Eryteis*, 2, pp. 36-56.

Derecho,”¹⁴⁹ por ello, ve necesaria una tarea de recuperación del Derecho en la tradición de la filosofía moral acorde a su trascendencia, que permite hablar en estos intérpretes de que en su pensamiento se produce un “giro jurídico en la teoría habermasiana de la sociedad, provocado por el descubrimiento del derecho como un factor esencial de la modernidad.”¹⁵⁰

Ello no es óbice para que se sigan produciendo situaciones de abuso o anomalías del sistema, dignos de recalcar por la mala *praxis* arraigada en la producción normativa en ese llamado proceso de *juridificación*, es decir, de:

“una manifestación sintomática del más amplio proceso de colonización del mundo de la vida por parte de los imperativos funcionales del sistema [...] dominación legal-racional que conlleva efectos netamente cosificadores y deshumanizantes.”¹⁵¹

La dinámica de búsqueda de una justicia social en la solución habermasiana pasará, por un lado, por los postulados de la *razón comunicativa*, por otro, en la *Democracia* que tiene lugar en un Estado de Derecho en su especialidad de Democracia Participativa. En su famosa conferencia de Salt Lake City recogida en el apéndice de estudios previos a *Facticidad y validez*, Habermas se pregunta ¿Cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad? Este texto nos hace un buen diagnóstico de los efectos producidos en el complejo proceso de *secularización* de la Modernidad, que ha aupado una racionalidad jurídica que busca incansablemente su legitimidad:

“Para que en las sociedades de nuestro tipo pueda ser posible una legitimidad mediante legalidad, la fe en la legalidad, que ya no puede contar con las certezas colectivas que antaño habían proporcionado la religión y la metafísica, tiene que apoyarse en cierto sentido en la racionalidad del derecho. Pero tampoco se ha confirmado la suposición de Max Weber de que la base de la fuerza legitimadora de la legalidad es una racionalidad autónoma, exenta de moralidad, inmanente al derecho como tal. Una dominación ejercida en las formas del derecho positivo, obligadas siempre a justificarse, debe su legitimidad al contenido moral implícito de las cualidades formales del derecho. [...] la fuerza legitimadora la tiene los procedimientos que institucionalizan exigencias y requisitos de

¹⁴⁹ J. HABERMAS. (1987): *Teoría y praxis*. Trad. de Salvador Mas y Carlos Moya, Tecnos, Madrid, pp. 113 y ss.

¹⁵⁰ J. VELASCO. (2000): *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y derecho en Habermas*. CEPC, Madrid, p. 79.

¹⁵¹ J. VELASCO. (2003): *Para leer a Habermas*. Alianza, Madrid, p. 69.

fundamentación y justificación y la vía por la que se procede al desempeño argumentativo de tales exigencias y requisitos.”¹⁵²

En concreto apuntala una tesis sobre la *legitimidad* de la legalidad, en su permeabilidad de fundamentación moral, al manifestar que:

“La *legalidad* sólo puede engendrar *legitimidad* en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivación del Derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a los discursos morales [...] la racionalidad del procedimiento ha de garantizar la *validez* de los resultados obtenidos conforme a tales procedimientos.”¹⁵³

La categoría de *validez* se sitúa en una posición privilegiada, estamos ante el preludeo de *Facticidad* y *validez* su obra cumbre en política y derecho. A mi entender adolece de un exceso de confianza al dejar reposar la validez del Derecho en la virtualidad del principio democrático que pretende imponer en el proceso de producción normativa, algo que nos mete en la senda de la justificación moral del ordenamiento jurídico:

“Los procedimientos jurídicos cumplen aproximativamente las exigencias de una racionalidad procedimental perfecta porque quedan ligados a criterios institucionales y a criterios independientes, recurriendo a los cuales puede establecerse desde la perspectiva de un no implicado si una decisión se produjo o no conforme a Derecho.”¹⁵⁴

Para Habermas el derecho y la moral han de caminar irremediabilmente unidas para el primero encontrar su justificación en el segundo, algo que el autor busca conseguir a través de su construcción teórica más elaborada, la *razón comunicativa*:

“En el interior del derecho positivo mismo puede estabilizarse el punto de vista moral de una formación imparcial del juicio y de la voluntad. Para satisfacer esta exigencia no basta con que determinados principios morales del derecho natural racional queden positivados como contenidos del derecho constitucional. [...] La moralidad integrada en el derecho positivo ha de tener más bien la fuerza trascendedora de un procedimiento que se regula a sí mismo, que controla su propia racionalidad.”¹⁵⁵

¹⁵² J. HABERMAS. (1988): “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?” Trad. Manuel Jiménez Redondo, *Doxa*, Universidad de Alicante, 5, p. 37.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 39 y 40.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 40.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 34.

Uno de los grandes inconvenientes arrastrados por la ciencia jurídica –más concretamente, desde el punto de vista del positivismo jurídico estricto– es caer en un Derecho y un sistema jurídico que pretenda auto-fundamentarse desde sí mismo, creerse un Derecho autónomo y auto-suficiente, por ello se creyó auto-justificativo, es decir, que pueda poseer una “fuerza legitimadora de la legalidad con una racionalidad autónoma, exenta de moralidad,”¹⁵⁶ en opinión de Juan Carlos Velasco, Habermas:

“Parte del carácter positivo fundamental del derecho moderno, en el sentido de que el sistema jurídico está basado en decisiones explícitas de un agente soberano –individual o colectivo– que pueden ser cambiadas y refutadas por nuevas decisiones; y, por otro lado, el derecho moderno se enmarca en un contexto cultural concebido bajo el fenómeno del pluralismo de valores y de visiones del mundo, por tanto del consiguiente rechazo de la posibilidad de un orden axiológico totalizador, unificado y coherente compartido por todos los miembros de la sociedad.¹⁵⁷”

En la visión de Habermas la procedimentalidad del derecho y de la moral les permite controlarse mutuamente a ambas disciplinas:

“La moral ya no flota sobre el derecho (como todavía sugiere la construcción del derecho natural racional) como un conjunto suprapositivo de normas. Emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo. Mas esta moralidad que no solamente se enfrenta al derecho, sino que también queda atada al derecho mismo es de naturaleza puramente procedimental. Se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado y ha quedado sublimada en un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos posibles. Así, un derecho procedimental y una moral procedimentalizada pueden controlarse *mutuamente*.”¹⁵⁸

El Derecho es una herramienta esencial en la cohesión social, pero posee un carácter móvil y dinámico, que se adapta a las necesidades sociales, que protege y empodera a sus ciudadanos de condiciones de posibilidad para reclamar y ejercer derechos, pero también sirve para hacer cumplir ciertas obligaciones bajo un régimen de prescripciones coercitivas y un amplio catálogo de sanciones, que se administran con ciertas garantías que el mismo prescribe. El Derecho necesita revisarse constantemente, que los ciudadanos reconozcan los principios y valores que lo justifican y legitiman, es

¹⁵⁶ J. HABERMAS. (1998): *Facticidad y validez*. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, p. 555.

¹⁵⁷ J. VELASCO. (2003): *Para leer a Habermas*. Alianza, Madrid, p. 71.

¹⁵⁸ J. HABERMAS. (1988): “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?” *op. cit.*, p. 42.

decir, los que inspiran sus regulaciones, ver qué fortalezas estructurales operan y si se mantienen, a la par de profundizar en la implementación de los propios sistemas de protección de los derechos que reconoce en un catálogo, que siempre es ampliable en el proceso de progreso social y de conquista del empoderamiento.

Éstos son parte de los logros sociales y los cometidos que nos hemos dado, y seguimos tratando de conquistar, a través de constantes batallas históricas de lucha por el reconocimiento y empoderamiento de derechos. Ésta es una dinámica interna del Derecho que, si revisamos y actualizamos constantemente, haría más difícil que se produjera otra trágica separación entre el derecho y la moral, como las ocurridas con la legitimación legal de las catástrofes del siglo pasado.

2.4.3 El ejemplo paradigmático de la decisión judicial

Para entrar en mayor profundidad en el análisis del juicio valorativo y de responsabilidad que iniciamos con la profesión de letrado, abordaremos a un profesional del derecho paradigmático y lo pondremos en relación con el marco teórico que venimos manejando. El juez ostenta esa gran relevancia social que reclamamos, estos profesionales ante las decisiones a tomar necesitan desplegar una gran actividad valorativa, ya que ostenta una de las grandes responsabilidades públicas asignadas a los servidores públicos por el impacto de sus decisiones en la vida pública, al implicar consecuencias jurídicas de derechos y obligaciones en las personas y las cosas, en una enmarañada realidad social en la que opera llena de constantes problemas cotidianos que vienen recogidos en una abundantísima casuística judicial.

La filosofía del derecho se suele encargar de los problemas de interpretación y aplicación de las normas jurídicas, dejando los problemas valorativos a la filosofía moral. En las aproximaciones previas a tales problemáticas hemos visto en la ética discursiva y el juicio pragmático habermasiano, las dificultades con las que se encuentran los profesionales del derecho al conformar el juicio valorativo previo a su decisión, llevando la justificación racional al terreno del discurso jurídico y sus reglas procedimentales.

La gran mayoría de las decisiones judiciales llevan aparejadas esas problemáticas –respecto a la valoración moral y prudencial–, sobre todo cuando en la aplicación del Derecho hay implícito algún sentido de justicia. Por otro lado, existen parejos otros muchos problemas derivados de la técnica judicial, entre las que encontramos la interpretación de las leyes, la jurisprudencia vinculante precedente y la doctrina legal, o las cuestiones relativas a la argumentación esgrimida en el momento decisivo de motivar las decisiones judiciales.

El juez, una vez accede a la carrera judicial, tiene muchos deberes por razón del cargo institucional que asume, con un estatuto profesional muy exigente, que le implica numerosas obligaciones, las propias del sistema público o las del organigrama funcional y la estructura de gobierno de la administración de justicia: las normas sustantivas –el derecho material tratado en el fondo de los asuntos– y las normas adjetivas –del derecho procesales que ayudan en la regulación de los procedimientos–. Entre sus fuentes obligacionales encontramos un cuerpo legal vigente, sustentado por el deber inmanente de los principios rectores del ordenamiento jurídico, que son derivados de las normas constitucionales: el imperio del principio de legalidad, el derecho de igualdad, la tutela jurídica efectiva, la presunción de inocencia, el derecho de defensa y otros muchos derechos, garantías constitucionales y principios rectores del ordenamiento jurídico.

Este amplio corpus legal y de orientaciones fundamentales que conforma el sistema de fuentes en el grandísimo elenco de normas jurídicas por las que el juez debe velar y a las que se debe en su actuar, lo constituye en un fiel garante sumido al imperio de la ley y los precedentes vinculantes de sus Tribunales superiores. Esta labor es una responsabilidad que se asume con el cargo. El sistema prevé posibles sanciones por su incumplimiento, que van desde las recomendaciones o amonestaciones previas, hasta las suspensiones o inhabilitaciones, la prevaricación administrativa o penal, u otras tantas infracciones más o menos graves dentro del organigrama institucional sancionador. Además, en ese cúmulo de responsabilidades asumidas con el cargo hemos de tener en cuenta que un juez o magistrado en órganos colegiados, que cubre una jurisdicción en un partido judicial concreto, ha de asumir todos los casos de su competencia y jurisdicción, sin apenas capacidad de discriminación o elección más allá de las propias normas de reparto de su Decanato, o las incompatibilidades o recusación que pudiera presentar con

el asunto que le obligaran a apartarse del procedimiento para no comprometer su imparcialidad.

La figura heroica del juez objetivo e imparcial, ese juez ideal tiene que ver con la tensión entre Derecho y justicia, es decir, el deber de aplicar el derecho objetivo y el deber de impartir justicia. El primero, aplicando justicia a través del Derecho, en el segundo, entendiendo la justicia en abstracto, pues puede darse el caso de que un juez se vea obligado a aplicar una ley o doctrina jurisprudencial que considera injusta desde su concepción personal de justicia, que no ha de casar con la legal. Sin detenernos en ese detalle que nos llevaría mucho debate, algo de ello lo vimos en el instituto de la objeción de conciencia con las peculiaridades del funcionario público, su figura ideal la hemos interpretado históricamente y es una pesada losa que han de soportar estos profesionales del derecho, algo que los estigmatiza en cierta medida ante la toma de decisiones, metiéndolos en el rol sacralizado de la función judicial, y añadiéndoles un plus de dificultad para su encomienda de gestión ante unas expectativas desmesuradas que son depositadas en su figura histórica. Cuando ante un juez se utilizan términos tan conflictivos como administrador de la “conciencia social” u “hombre razonable,” el significado de estas expresiones no vienen sólo de la experiencia legal del juez, sino, también de las ideas y conceptos asumidos por la cultura legal de la que forma parte.¹⁵⁹

Ante un caso práctico de los muchos que se dan a diario en sede judicial surgen numerosos problemas interpretativos de todo tipo, ligados a lagunas, antinomias, vaguedades, ambigüedades, precedentes diferentes, etc., no sólo relativos a la interpretación de las normas que hemos puesto en juego –juicio normativo–, sino, en relación a su puesta en contexto con los hechos del mundo –juicio fáctico–. Todas estas figuras interpretativas, que a primera vista pueden parecer conceptos limitativos del sistema, en cambio son las que le dan vida y dinamizan subjetivamente la comprensión de los supuestos de hecho subsumible a las normas jurídicas aplicables. En el Derecho hemos de tener en cuenta los precedentes y la técnica jurídica nos ha de ayudar en la calificación normativa y la subsunción correcta de los hechos concretos con el supuesto

¹⁵⁹ L. ROSEN. (2006): *Law as Culture*. Princeton University Press, pp. 6-7.

normativo aplicable, encontrándonos a diario con los problemas de calificación, de prueba y de su valoración, etc.

En epígrafes posteriores veremos como el aspecto mental valorativo es esencial y la experiencia hermenéutica a parte del cariz ontológico podemos verla como un instrumento práctico que implica una comprensión más completa en la interpretación de las fuentes del derecho y sus contextos de aplicación. El proceso de administrar justicia es reconstructivo de una narrativa de los hechos con el Derecho, conectando la técnica con los sentidos del derecho y la justicia que se utilizan en esa cultura jurídica particular. Así las categorías de la tradición se fusionan en el horizonte práctico presente del profesional. El jurista al operar en su práctica cotidiana necesita tener presente el saber moral del universo simbólico de esa sociedad en la que se opera, que es intersubjetivo y común, pero, también, los conocimientos técnicos y teóricos de una *episteme* adecuada que ha evolucionado bajo una técnica muy especializada en el proceso histórico de racionalidad jurídica, sin confundir *virtud* con saber, es decir, el horizonte aristotélico de la *arete* con el *logos*.

En la profesión de juez rige el principio insoslayable de la independencia judicial, es decir, de no sufrir interferencias externas en su labor, en pro de la objetividad e imparcialidad de sus decisiones. A pesar de ello, la subjetividad e intersubjetividad en las decisiones es inevitable y hasta necesaria. Algo que los órganos de gobierno de las magistraturas reconocen en su doctrina, es decir, que:

“La imparcialidad no plantea el requerimiento de que el juez no tenga opiniones y simpatías; lo que se requiere es que, a pesar de ellas, el juez sea interiormente libre y capaz de dar cabida a diferentes puntos de vista, y que sea capaz de actuar en relación a ellos con una adecuada apertura de espíritu.”¹⁶⁰

Habermas, al posicionarse en el ideal del Estado de Derecho y del modelo político de la Democracia Participativa que defiende, pone el listón de la autonomía del Derecho muy alto, al decirnos que:

“La autonomía no es algo que un sistema jurídico obre por sí para sí sólo. Autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para

¹⁶⁰ La traducción es mía. Canadian Judicial Council, *Ethical Principles for Judges*. Ottawa, Ontario, 1998, p. 31.

la legislación y la administración de justicia garantizan una formación imparcial de la voluntad y del juicio y por esta vía permiten que penetre, tanto en el derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo ético. No puede haber derecho autónomo sin democracia realizada.”¹⁶¹

La administración de justicia tiene algo de ese procedimiento institucionalizado del que se pretende inferir un juicio de imparcialidad y una racionalidad procedimental de tipo ético. Pero, en esa autonomía siempre hay posibilidad de elegir entre los puntos de vista ofrecidos en el debate. Además, de los previos que son mecanismos o sistemas existentes basados en creencias e ideas que están en la cultura y son elementos valorativos, que actúan como prejuicios necesarios en la comprensión, hasta el punto de que asociaciones de jueces han manifestado que “la independencia no es un derecho privado de los jueces, sino una condición de la imparcialidad del juicio y, por lo tanto, un derecho constitucional de todos los ciudadanos.”¹⁶² El esfuerzo por la independencia judicial ha de ser tremendo frente al fuerte empaque deontológico de preceptos, jurisprudencia y doctrina legal vinculantes, las injerencias políticas o las propias estructuras de poder y los funcionamientos internos de sus órganos de gobierno o de las magistraturas colegiales.

El sistema jurídico habilita instrumentos como la abstención, la recusación y reprobación de los arts. 217, 218 y 219 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (LOPJ), para que, en supuestos muy tasados de oficio o a instancia de parte, jueces y fiscales puedan apartarse de los asuntos antes de incurrir en incompatibilidades u otras responsabilidades mayores. Porque lo importante es que prevalezca la independencia del propio profesional, pero “la verdadera independencia judicial es la personal, y que cualquier otro tipo de independencia de tipo institucional debe construirse en función de aquella.”¹⁶³ A pesar de practicar una de las profesiones más regladas entre el funcionariado y con una estricta vinculación a las fuentes del derecho, queda un pequeño

¹⁶¹ J. HABERMAS. (1988): “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?” *op. cit.*, p. 45.

¹⁶² La traducción es mía, Canadian Judicial Council, *Ethical Principles for Judges*. Ottawa, Ontario, 1998, pp. 8 y 30.

¹⁶³ C. GARCÍA. (1997): *Legitimidad democrática y poder judicial*. Institució Valenciana d'Estudis i Investigació, Valencia, pp. 162-163.

resquicio de acción en términos del principio rector de la modernidad: la *libertad* de conciencia.

Frente a la requerida imparcialidad, no resulta tan fácil tratar de desembarazarse de un mínimo nivel axiológico en la toma de decisiones. Por un lado, en el aspecto técnico muchas veces se han de ponderar valores en juego —ejemplo, valor de la *vida* frente al valor de la *vida digna*, que se da en los controvertidos temas de la interrupción voluntaria del embarazo o de la muerte voluntaria y el auxilio a ella—. La esfera privada está amparada por una “*ética de máximos*,” que en los individuos está representada en las ideas, creencias y modos de vida personal con los que se identifican. En cambio, en nuestra vida en sociedad encontramos una “*ética de mínimos*,”¹⁶⁴ de la que habla la profesora Adela Cortina. En la función pública en la supuesta *libertad* del juez —condicionada al Derecho y la técnica judicial— para elegir el valor que prevalece frente al otro en la ponderación, el proceso racional decisorio lo entendemos determinado por ese mínimo, los máximos debe contenerlos en su foro interno el sujeto decisorio. Un acérrimo defensor del derecho a la vida o de la libertad a decidir o a disponer sobre ella en la capacidad de autodeterminación, tendría que suspender esas creencias al aplicar el Derecho, si se viera obligado legalmente en un caso particular a favorecer o no la interrupción del embarazo o permitir una transfusión de sangre a un testigo de Jehová, debería tener la posibilidad de apartarse u objetar en el asunto si su libertad de conciencia encuentra cauces legales para poder objetar.

2.4.4 Un acercamiento a la *legitimidad* vía la *validez* procedimental de la argumentación moral

A lo largo de su obra y sobre todo más acentuado con *Facticidad y Validez*, Habermas parece empezar a darle más importancia a la “validez” sobre la “facticidad”, reservando el término validez a un sentido ideal-normativo acercándolo a las éticas normativas, frente a la vigencia o aceptación de *facto*, la cual, sería la validez empírica o

¹⁶⁴ Cfr. A. CORTINA. (2010): *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*. Tecnos, Madrid.

facticidad de una norma, un formalismo procedimental del que derivar un concepto de validez reiterado a lo largo de su obra. Lo vemos a propósito del formalismo kantiano:

“Yo entiendo la corrección normativa como una pretensión de validez análoga a la verdad. En este sentido hablamos también de una ética cognitivista. Esta tiene que poder responder a la pregunta cómo es posible fundamentar los enunciados normativos [...] Aunque Kant elige la forma imperativa (“actúa sólo conforme a la máxima a través de la que al mismo tiempo puedas querer que se convierta en una ley universal”), el imperativo categórico [...] En la ética del discurso, el lugar del imperativo categórico viene a estar ocupado por el procedimiento de argumentación moral. Esa ética establece el principio del discurso “solo pueden reivindicar lícitamente validez aquellas normas que pudiesen recibir la aquiescencia (aceptación) de todos los afectados en tanto que participantes de un discurso práctico”¹⁶⁵.

Los males contrastados de un derecho sin moral profesan un orden legal donde las propiedades formales del Derecho tendrán una racionalidad propia que no depende de parámetros morales, separando la ley y la moral, porque la ley no depende ya de la moral sino de la legalidad. En Habermas, estamos comprobando que la ley y la moralidad están inexorablemente conectadas, ya que las propiedades formales del derecho entendidas en la formulación weberiana¹⁶⁶ no pueden entenderse racionales desde un punto de vista neutro, por lo tanto, no pueden garantizar la legitimidad de la ley. Es más, su principio del discurso en su acercamiento al Derecho toma un perfil específico para corregir este posible defecto:

“El principio del discurso ha de empezar adoptando por la vía de institucionalización jurídica, la forma de un principio democrático, que entonces proporcione a su vez al proceso de producción del derecho fuerza generadora de legitimidad.”¹⁶⁷

En Habermas, el Derecho está asentado sobre normas y principios abstraídos por deducción racional, por eso el Derecho necesita un tipo de legitimación basada en esos parámetros, en su sistema de pensamiento lo determinante será:

¹⁶⁵ J. HABERMAS. (2000): *Aclaraciones a la ética del discurso*. Trotta, Madrid, pp. 15-16.

¹⁶⁶ En Weber el proceso de racionalización del Derecho, tanto en su vertiente formal como material, requiere una legitimidad para el proceso de creación del Derecho, en este sentido, las formas políticas de dominación influyen sobre las cualidades formales del derecho, *cfr.* M. WEBBER. (1944): *Economía y Sociedad*. Trad. Johannes Winckelmann, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, p. 603.

¹⁶⁷ J. HABERMAS. (1998): *Facticidad y validez*. *op. cit.*, p.187.

“la fuerza legitimadora que tienen más bien los procedimientos que institucionalizan exigencias de fundamentación y las vías por las que ha de procederse al desempeño argumentativo de tales exigencias.”¹⁶⁸

El Derecho jugará un papel esencial de la legitimidad democrática, algo central para determinar el significado del Derecho dentro del pensamiento social. El reto habermasiano es dar una definición normativa de la legitimidad, bajo el doble haz: por un lado, asumiendo la crítica a las visiones tradicionales del mundo bajo el prisma crítico, fomentando el deseo *emancipatorio*; y por otro, el de tener en cuenta el reconocimiento de la pluralidad que caracteriza a las sociedades modernas. En este sentido Habermas, en su obra *Reconstrucción del materialismo histórico*, da una definición de legitimación en su línea de esperanzas y fracasos del proceso ilustrado.

“Hasta ahora he analizado dos conceptos de *legitimación*: el empirista y el normativo. El primero es aplicable, hablando en lo que a las ciencias sociales atañe, más resulta insatisfactorio por cuanto hace abstracción de una ponderación sistemática de los fundamentos de la validez. El otro concepto, que sería satisfactorio en este sentido, resulta empero, insostenible a causa del contexto metafísico en que se encuentra enmarcado. Por todo ello, lo que yo propongo es un tercer concepto de legitimación, que me atrevería a calificar de reconstructivo.”¹⁶⁹

En esta misma obra da una sucesión de definiciones de legitimidad que nos llevara a entender esa tercera posibilidad.

“*Legitimidad* significa que la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo no está desprovista de buenos argumentos, un orden legítimo merece el reconocimiento. Legitimidad significa el hecho del merecimiento de reconocimiento por parte de un orden político [...] Por *legitimidad* entiendo el hecho de que un orden político es merecedor de reconocimiento. La pretensión de legitimidad hace referencia a la garantía –en el plano de la investigación social– de una identidad social determinada por vías normativas. Las legitimaciones sirven para hacer efectiva esa pretensión, esto es: para mostrar cómo y por qué las instituciones existentes (o las recomendadas) son adecuadas para emplear el poder político en forma tal que lleguen a realizarse los valores constituidos de la identidad social.”¹⁷⁰

Una identidad social por vías normativas en Habermas significa que la legitimación de un poder está indisolublemente ligada a un proceso de comunicación. El

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 555.

¹⁶⁹ J. HABERMAS. (1981): *La reconstrucción del materialismo histórico*. Taurus, Madrid, p. 270.

¹⁷⁰ *Ibid.*, pp. 243 y 249.

poder tiene, en cuanto fenómeno social, una realidad simbólica; de ahí proviene su necesidad de justificación y también ahí se encuentran los medios de ésta. En su método trascendental de inspiración kantiana pretende descubrir las condiciones de posibilidad en un discurso racional justo para conseguir ese “consenso racional,” bajo el principio del discurso, es decir, una situación normativo-ideal de habla bajo unos requisitos procedimentales que lleven a una legitimación formal centrada en el proceso de comunicación, metiendo la razón práctica en el giro lingüístico y pragmático que Habermas quiere democratizar.

“Por niveles de justificación entiendo, pues, condiciones formales de la aceptabilidad de las razones que prestan a las legitimaciones eficacia, fuerza consensual y fuerza motivadora [...] Fuerza legítimamente hoy sólo la poseen reglas y premisas comunicativas, que permiten distinguir un acuerdo o pacto obtenido entre personas libres e iguales frente a un acuerdo contingente o forzado.”¹⁷¹

Los requisitos formales de la comunicación serán la fuente de legitimación, implícitos en el proceso de comunicación lingüística gracia a la nueva teología lingüística.

2.4.5 La irrupción de *Facticidad* y *validez*: un encuentro entre el derecho y la moral en los Derechos Fundamentales

La irrupción de la obra clave de Jürgen Habermas en derecho y política *Facticidad* y *validez* nos proporciona un material valioso en el estudio de la justificación moral del Derecho. Esta obra parte de los presupuestos teóricos asentados en su obra magna *Teoría de la acción comunicativa*, con la cual pretendía construir una teoría general de la racionalidad, que le permitiera articular a su vez una teoría crítica de la sociedad intentando mantener el impulso emancipatorio tan característico de su escuela filosófica. Una de las contribuciones más notables de la obra es tratar de rescatar la filosofía del derecho, colocarla en uno de los epicentros de la filosofía práctica general, enriqueciéndola con la impronta conceptual que caracteriza su filosofía moral.

¹⁷¹ *Ibid.*, pp. 251 y 254.

En el prefacio de la obra nos da pistas del gran desinterés que los filósofos antecesores, posteriores a Kant y Hegel, habían mostrado por el Derecho: “hace tiempo que en Alemania la filosofía del derecho ya no es cosa de filósofos.”¹⁷² En su opinión tras la teoría del derecho de Kant y la filosofía del derecho de Hegel, el Derecho se vio abocado a una reflexión ensimismada desde dentro de sí mismo. Parece querer, no sólo recuperar ese foco de atención perdido sobre el Derecho en el epicentro mismo de una filosofía general y no regional, sino, también, mostrar una voluntad firme y responsable por volver a unir el eslabón roto entre derecho y filosofía.

La categoría de la *validez* la sitúa en una posición central en la construcción de su pensamiento político y del derecho, en constante tensión con el acontecer fáctico del mundo, y marcando perfil frente al manido concepto de *legitimidad*, que en la tradición de filosofía política encontró justificaciones variadas desde las iusnaturalistas hasta las contractualistas, y se acabó imponiendo una concepción de legitimidad por *legalidad*. Una de las principales conclusiones de la obra será que esa *validez* no sólo ha de ser fáctica o social, ha de venir dada desde la razón comunicativa. Por ese motivo resulta útil para nuestro enfoque de racionalidad jurídica en las profesiones jurídicas una teoría sobre la validez de la comunicación jurídica, que no venga tan sólo desde la mera *legalidad* – ejemplo, de las normas procesales que marcan el orden de las intervenciones en un procedimiento judicial–, sino, analizando y evaluando, también, cómo se argumenta en el foro público del Derecho. En este punto de justificación será donde toman sentido para Habermas los análisis de los fundamentos de la institución jurídica y de la política, atraídos por los modelos democráticos participativos.

Éste será el proyecto de *Facticidad y validez* la articulación de una teoría discursiva del Derecho que cierre intra-sistémicamente el triángulo de la racionalidad práctica configurado por la ética, el derecho y la política. Para Habermas este esfuerzo teórico representa una tarea reconstructiva enorme abordada por su teoría discursiva del Derecho, que una vez asociada a la ética discursiva en su dilatada y contrastada carrera de filosofía moral, culminará en una teoría política de la democracia en la versión participativa.

¹⁷² J. HABERMAS. (1998): *Facticidad y validez. op. cit.*, p. 57.

En defensa de lo que se hace en las facultades de Derecho, su quehacer no es meramente reducible a lo que hacen, por ejemplo, los teóricos del Derecho Penal, Civil Mercantil, Laboral, etc., en sus especialidades más estrictamente jurídicas. Existe un espacio para el filósofo o teórico del Derecho, que se pregunta por la producción, aplicación o interacción del Derecho con sus usuarios, pero, también, por el sentido del Derecho y su justificación. Además de reconocerlo como un gran instrumento vertebrador y democratizador, el cual señala Habermas ha de recuperarse para la filosofía moral. Eso sí, hemos de estar alerta de su gran poder como instrumento para la dominación, al reglar el poder coercitivo en la sociedad al servicio tradicional de la razón pragmático-instrumental o de los intereses intra-sistémico. En esta visión Habermas está aplicando la función crítica, típica de la Escuela de Fráncfort, que algún intérprete como Juan Carlos Velasco nos dice que concibe el Derecho como: “categoría mediadora entre la facticidad de la política y de la economía y la validez normativa de la moral.”¹⁷³

Este enfoque permitirá a Habermas superar aquella visión que infravaloraba el Derecho en la tradición filosófica alemana anterior, y marcarle un perfil revitalizado en la intuición weberiana de “función bisagra” entre un mundo de la vida integrado simbólicamente y normativamente y una esfera sistémica regida por el poder y el dinero.¹⁷⁴ El primer capítulo de la obra estará dedicado a mostrar esa necesidad de recuperar el Derecho entre los focos de reflexión filosófica, resaltando su labor mediadora y mostrando esa tensión existente entre la “facticidad” del mundo y la “validez” del Derecho. Los dos capítulos siguientes son el epicentro de la obra respecto a su teoría discursiva del Derecho, por su profundo tratamiento del Derecho y el sistema de derechos. A partir del capítulo cuarto será cuando Habermas se interrogará sobre la legitimación del poder político y se acercará a ese modelo político ideal de la democracia participativa.

En el desarrollo de esta gran tarea encargada a los juristas, la labor del profesional del derecho resulta fundamental al ser creador –ejemplo, en la producción jurisprudencial–, perito y gestor de las normas y las situaciones de mundo fáctico en las que hay involucradas normas y consecuencias jurídicas. Su función esencial se conecta

¹⁷³ J. VELASCO. (2003): *Para leer a Habermas*. Alianza, Madrid, p. 71.

¹⁷⁴ J. HABERMAS. (1998): *Facticidad y validez*. op. cit., pp. 119-120.

en la aplicación del Derecho, en la mediación entre el mundo empírico de los hechos, los acontecimientos que afectan a las personas, con lo normativo representado por los sistemas ético y jurídicos.

Esos sistemas normativos encuentran una justificación en la validez habermasiana formulada por el *principio del discurso*:

“Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participes en discursos racionales” [...] “Por *normas de acción* entiendo las expectativas de comportamiento generalizado en la dimensión temporal, en la social y en la de contenido. *Afectado* llamo a cualquiera al que pueda concernir en sus intereses las consecuencias a que presumiblemente pueda dar lugar una práctica general regulada por normas. Y por *discurso racional* entiendo toda tentativa de entendimiento acerca de pretensiones de validez que se hayan vuelto problemáticas”¹⁷⁵

Lo utópico de esa concepción, que engloba a todos los afectados para “prestar su asentimiento como participes en discursos racionales” choca con el inconveniente de que en cualquiera de las grandes sociedades democráticas contemporáneas, esos países que las conforman con millones de ciudadanos, su participación en todos los debates previos a la producción normativa se antoja compleja, no sólo desde un punto de vista técnico – el modelo de las viejas polis donde la democracia con pequeñas poblaciones de ciudadanos, ya no tienen vigencia– sino, también, por la ingente cantidad de normativas que precisa la gestión cotidiana de un Estado, que además, desde el punto de vista subjetivo de gustos y preferencias afectaría a la libertad personal de autodeterminación. Por ejemplo, podríamos encontrar un gran interés por parte de la ciudadanía en participar en un debate o referéndum para la instauración de una renta mínima vital, pero, un menor entusiasmo por debatir y aprobar tediosas regulaciones específicas, como el espacio aéreo-portuario, la minería, la movilidad en parques naturales, determinadas tasas, etc. Estas leyes, también, les afectarían directamente conforme a la concepción habermasiana, pero, quizás, esta participación política afecta a las preferencias y gustos que cada cual tiene para invertir su tiempo vital, en la dificultad de una democracia directa o más

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 172.

participativa se solventa con la delegación de esa función indirectamente mediante los sistemas políticos de las democracias representativas.

En este punto, estamos mezclando la validez de las normas con debates acerca de qué sistemas democráticos querríamos en la utopía política: los conocidos sistemas políticos de democracia participativa, directa, indirecta o representativo, etc., u otros que estaría por idear. Lo que nos interesa de la teoría discursiva del Derecho de Habermas es la transposición del formalismo kantiano y su idea de autodeterminación en lo moral al derecho, en sus palabras:

“La idea de la autolegislación de los ciudadanos no puede reducirse, pues, a la autolegislación *moral* de personas *particulares*. La autonomía ha de concebirse en términos más generales y neutrales. Por eso he introducido un –principio del discurso–, que empieza siendo indiferente frente a la moral y el derecho. El principio del discurso ha de empezar adoptando, por vía de la *institucionalización* jurídica, la forma de un *principio democrático*, que entonces proporcione a su vez al proceso de producción del derecho fuerza generadora de legitimidad. La idea decisiva es que el –principio democrático– se debe al entrelazamiento del principio del discurso con la forma jurídica. Este entrelazamiento lo entiendo como una *génesis lógica del derecho*, que puede reconstruirse paso a paso.”¹⁷⁶

Para esa labor de reconstrucción lógica del Derecho y la legitimidad del proceso de producción normativa por la vía de la institucionalización del principio del discurso en la forma jurídica, podemos encontrar el *principio democrático*, que en ese cometido se propone analizar los distintos tipos de Derechos Fundamentales, –entre los que destacará el de participación política¹⁷⁷–. Con este derecho, a su entender, se consumará la legitimidad del derecho positivo vigente, creado válidamente con la intervención de sus destinatarios en virtud del principio democrático, sin apoyarse en lo que trató de evitar en

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 187.

¹⁷⁷ La Constitución española recoge en el apartado de los Derechos Fundamentales el derecho a la participación política, art. 23.1 “Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”, en inspiración del art. 1 “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho” y encomendando al Estado promover la participación política conforme al art. 9.2 “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

su teoría procedimental de la ética discursiva, es decir, en fundamentos de tipo religioso o metafísicos, en los que habían caído las éticas materiales.

Lo decisivo en su *teoría discursiva del derecho* es que el *principio democrático*, en su opinión, se origina por el entrelazamiento entre el principio del discurso y la forma jurídica del Derecho Fundamental a la participación política. El principio democrático es el núcleo del sistema de derechos, es el que lleva a término las expectativas sociales en la forma de los Derechos Fundamentales, produciéndose en su génesis un *proceso* o *movimiento* circular de entrelazamiento:

“en el que el código que es el derecho y el mecanismo para la generación de derecho legítimo, es decir, el principio democrático, se constituyen *cooriginalmente*”¹⁷⁸

Para llegar Habermas a la forma de ese Derecho Fundamental, es decir, a la participación política que favorece la creación democrática del Derecho junto al principio del discurso, habla de una categorización histórica de Derechos Fundamentales, que divide en dos bloques:

El primero, con tres categorías (1), (2) y (3) encontramos Derechos Fundamentales que:

“garantizan sólo la autonomía privada de sujetos jurídicos en cuanto que, por de pronto, éstos empiezan reconociéndose mutuamente en su papel de *destinarios* de las leyes, otorgándose así un *status*, en virtud del cual pueden reclamar derechos y hacerlos valer unos frente a otros.”¹⁷⁹

Entrando en el detalle de la delimitación de los mismos que nos hace:

- (1) “Derechos Fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del derecho *al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción*.”¹⁸⁰

Se trata del Derecho Fundamental a que cada uno tenga el mayor grado posible de igualdad en la libertad de acción subjetiva, sólo limitable para compatibilizarla con la

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 187.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 188.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 188.

libertad igual de los demás, esta regulación lo es de una mera concesión de un estatus que garantiza la autonomía privada frente a injerencias de terceros.

- (2) “Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del *status* de miembro de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica.”¹⁸¹

Estos derechos los asimilaríamos a los derechos de nacionalidad, pues es necesario que una sociedad disponga de identidad, administración y fronteras. Es decir, un Estado que distinga entre miembros y no miembros de la comunidad jurídica, de ciudadanos frente a los extranjeros y otras comunidades con otras nacionalidades y otras legislaciones que les afectan en sus territorios –a pesar de convenios y acuerdos supranacionales que contradicen en algo esta argumentación–. En Habermas este derecho restringe la validez a los miembros de ese Estado de Derecho para que los sometidos al Derecho puedan apelar a una instancia reconocible y legitimada que monopolice la violencia legítima.

- (3) “Derechos fundamentales que resultan directamente de la accionabilidad de los derechos, es decir, de la posibilidad de reclamar judicialmente su cumplimiento, y el desarrollo y configuración políticamente autónomo de la *protección de los derechos* individuales.”¹⁸²

Se trataría de los Derechos Fundamentales que garantizan la vía judicial, como libre acceso a tribunales, independientes y efectivos. En el ordenamiento jurídico español existe un Derecho Fundamental a la accionabilidad general con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución española, que se concretará en una accionabilidad específica en cada caso particular destinada a la especialidad concreta de la materia y la jurisdicción de Derecho que se trate, conforme a las normas materiales y procesales del ordenamiento jurídico que regulan la protección de los derechos individuales y el acceso a la Administración de Justicia en apelación a tal o cual derecho.

Explica Habermas que esos tres tipos de Derechos Fundamentales surgen de la mera aplicación del:

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 188.

¹⁸² *Ibid.*, p. 188.

“principio discursivo al medio que representa el derecho como tal, es decir, a las condiciones de juridiformidad de la sociedad horizontal, esto es a la condición de que esa asociación horizontal ha de producirse por medio del derecho.”¹⁸³

Estos Derechos Fundamentales son los clásicos del liberalismo e inspiración ilustrada –dignidad humana, libertad, integridad de la vida y cuerpo, propiedad, inviolabilidad del domicilio, etc.– que garantizan un estatus del que se deriva el cuerpo de nuestros derechos y obligaciones reconocidos en el ordenamiento jurídico.

El segundo bloque, está formado por los Derechos Fundamentales (4) y (5) que implican, que los sujetos jurídicos son partícipes del proceso de creación normativa:

- (4) “Derechos fundamentales a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión y la voluntad comunes, en los que los ciudadanos ejerzan su autonomía política y mediante los que establezcan derecho legítimo.”¹⁸⁴

Este derecho tiene que ver con los Derechos Fundamentales de carácter político, fundando y permitiendo el estatus de los anteriores y tendentes a hacer posible que los sujetos puedan alcanzar el rol de autores de su ordenamiento jurídico –Arts. 23.1, 9.2 y 1 de la Constitución española–. En Habermas el fundamento de este derecho político está en el *principio del discurso*:

“Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como partícipes en discursos racionales.”¹⁸⁵

El cual con la racionalidad práctica que otorga nos da motivos racionales para la obediencia del Derecho. Aparte de estos derechos políticos que fundan el estatus moderno de ciudadano libre y participativo en los asuntos sociales que le atañen, el sistema habermasiano de Derecho, finalmente, habla de los:

- (5) “Derechos fundamentales a que se garanticen condiciones de vida que vengan social, técnica y *ecológicamente* aseguradas en la medida en que ello fuere

¹⁸³ *Ibid.*, p. 188.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 189.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 172.

menester en cada caso para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos civiles mencionados en 1) a 4).”¹⁸⁶

Estos derechos a unas condiciones de vida programáticas en igualdad de condiciones vienen conectados con los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, que en nuestra Constitución define el art.1: “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.” Son definición programática, que quedarían en un plano abstracto, si no, diera más detalles o refiriera mandatos expresos de cómo y quienes han de desarrollarlos, proporcionando las condiciones de posibilidad para hacerlos efectivos. En ese sentido nuestra Constitución lo menciona en el art. 9.2, hablando de que los poderes públicos habrán de promover esas condiciones de libertad e igualdad, así como proteger de los obstáculos que los impidan. En el Título I relativo a los Derechos Fundamentales se recogen de forma expresa esos derechos: la dignidad, la igualdad, la justicia, la libertad de conciencia, ideológica y creencia, el pluralismo político, a la intimidad, a la libre circulación, reunión, manifestación, etc. Éstos son valores sociales reconocidísimos en los sistemas democráticos a promover y proteger.

Este sistema de derechos resulta fundamental en la concepción de Habermas, que quiere hacer más partícipes a sus destinatarios. Vemos que, sin el empoderamiento de derechos de los ciudadanos, por ejemplo, aquel del sufragio o la participación política reconocidos por las Constituciones a los ciudadanos no se podrían realizar las elecciones democráticas para que el poder legislativo y ejecutivo desarrollaran materialmente estos derechos. Estos poderes públicos empoderados por la ciudadanía en los sistemas democráticos, también puedan crear las normas para hacer más partícipe a la ciudadanía, en la idea habermasiana de conseguir una legitimidad de las instituciones jurídicas y la política democrática a partir de su carácter participativo y deliberativo.

En este proceso la lógica discursiva absorberá al Derecho, Juan Carlos Velasco nos dice que con su teoría:

“el derecho vendría a desempeñar el papel de categoría mediadora entre la facticidad de la política y de la economía y la validez normativa de la moral” *de esta forma* “Habermas entiende ahora el derecho como una institución de estructura reflexiva, sometida a la

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 189.

lógica del discurso. De este modo, el derecho cobra autonomía como discurso práctico institucionalizado.”¹⁸⁷

Habermas con esta línea argumentativa, ante los desequilibrios e imperfecciones de ese consenso racional, se da cuenta además de que esta legitimidad o validez ha de buscarse en algo que vaya más allá de la mera imposición coercitiva, es decir de la imposición fáctica que imprime la normatividad jurídica, por eso, se fija en la validez del modo en que son creadas, algo que “es independiente de su imposición fáctica”¹⁸⁸ y depende del modo en que esas normas sean creadas. El Derecho cumple su función integradora cuando es fruto de un discurso racional en un proceso participativo. Otro intérprete como el profesor García Amado, entiende que Habermas:

“va aplicar siempre el esquema bipolar que ya presenta en el propio título del libro” *para el que* “algunos autores entiende que la validez se resuelve en una tensión entre facticidad o validez social y legitimidad o validez racional o comunicativa.”¹⁸⁹

El principal objetivo que nos intenta mostrar con esta obra es esa tensión que se produce entre la dimensión normativa y la realidad social: por un lado, cuando vamos a la *facticidad* encontramos la realidad social, todo el contenido relacionado con la interpretación de la historicidad, la contingencia de los acontecimientos humanos de la vida fáctica, dentro de lo permeable de la historia y la cultura, las normas y la política, con todos sus vaivenes históricos y desarrollos de intereses sistémicos. Por otro lado, cuando vamos al plano de la *validez*, Habermas se acerca al plano de lo abstracto, de lo que pretende ser universal.

Esta tensión la vemos en el *juez*, cuando su acción se adentra en la interpretación fáctica y normativa de un asunto para dictaminar y aplicar justicia. Gadamer, a propósito de su análisis de la tradición aristotélica, nos muestra un análisis que le puede ser de utilidad al profesional, al decirnos, que:

¹⁸⁷ J. VELASCO. (2003): *Para leer a Habermas*. Alianza, Madrid, p. 71.

¹⁸⁸ M. BOLADERAS. (1996): *Comunicación, ética y política. Habermas y sus críticos*. Tecnos, Madrid, p. 52.

¹⁸⁹ J. A. GARCÍA AMADO. (1993): “La filosofía del Derecho de Jürgen Habermas.” *Doxa*, Universidad de Alicante, 13, p. 235.

“Lo *justo*, está determinado en un sentido absoluto, pues está formulado en las leyes y contenido en las reglas de comportamiento general de la moral [...] la justicia es una tarea propia que requiere saber y poder.”¹⁹⁰

En el caso del *juez* el *poder* se lo encarga el mandato constitucional y las leyes que lo desarrollan empoderándolo para dirimir conflictos y administrar la justicia institucionalizada; el *conocer* se adquiere en su formación técnica y ética. En un análisis histórico Gadamer nos dice que, si la técnica del *juez* la reducimos a una mera *tekhne* o habilidad del artesano para producir, el que aplica el Derecho:

“Se verá obligado seguramente a hacer concesiones respecto a la ley [...] porque de otro modo no sería *justo* [...] la ley es siempre deficiente, no porque lo sea en sí misma sino porque frente a la ordenación a la que se refieren las leyes, la realidad humana es siempre deficiente y no permite una aplicación simple de las mismas.”¹⁹¹

El *juez*, conforme a la concepción aristotélica reseñada, actúa en la tradición de las virtudes como un *justo* medio. Visto a los ojos de la tradición hermenéutica, en el proceso judicial va acumulando experiencias de interpretación, en las que hace una evaluación de medios-fines, acordes a las propuestas, donde “la ponderación de los medios es ella misma una moderación moral, y sólo a través de ella se concreta a su vez la corrección moral del fin al que sirve.”¹⁹²

La *ponderación* o *deliberación* en la función de aplicar justicia es esencial, Habermas en su *Aclaración a la Ética del Discurso*, ya nos dice que:

“La ponderación de fines orientada por valores y la ponderación de los medios disponibles en la línea de la racionalidad teleológica están al servicio de la decisión racional acerca de cómo tenemos que intervenir sobre el mundo objetivo para producir un estado que deseamos. Se trata ahí, en lo esencial, de aclarar cuestiones empíricas y de cuestiones relativas a la elección racional.”¹⁹³

Además, el *juez* al construir sus resoluciones, los hechos fácticos los está relacionando con normas mediando entre lo empírico y lo normativo, que ha de ser una normatividad jurídica y ética, tratando de hacer una elección racional, que para Habermas:

¹⁹⁰ G. H. GADAMER. *Verdad y método. op. cit.*, pp. 389 y 390.

¹⁹¹ *Ibid.*, pp. 389 y 390.

¹⁹² *Ibid.*, p. 393.

¹⁹³ J. HABERMAS. (2000): *Aclaraciones a la Ética del Discurso*. Trotta, Madrid, p. 117.

“la aplicación de normas exige una aclaración argumentativa específica. En ella la imparcialidad del juicio no puede estar garantizada a su vez por un principio de universalización; en lo que respecta a las cuestiones de aplicación sensible al contexto de la razón práctica tiene que hacerse valer más bien con un principio de adecuación. En efecto, aquí hay que mostrar cuál de las normas que ya se presuponen válidas es adecuada para un caso dado a la luz de todas las características de la situación relevantes y captadas de modo todo lo completo que resulte posible.”¹⁹⁴

Entendemos que esa ardua labor del *juez*, en acción aplicativa, requiere de la adecuación que nos habla Habermas y de una aclaración argumentativa de esa tensión entre la facticidad y la validez. Su imparcialidad del juicio señalada se ha de garantizar por la universalización, la Constitución le marca al juez unos principios que han de seguir los poderes públicos, en el art. 9.3 de la Constitución española se habla del “principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Todo un catálogo de principios rectores del ordenamiento jurídico y la función pública, que recogen unas especificidades muy concretas delimitadas por la doctrina legal a tener en cuenta en la interpretación y aplicación del Derecho.

Esta tensión descrita ante la aplicación del Derecho no puede tener una mera justificación desde la propia normatividad jurídica, a pesar de ser principios positivados de inspiración moral, necesita de una justificación ética, que en Habermas es procedimental y comunicativa. Además, la aplicación del Derecho no puede circunscribirse a una mera acción mecánica, sino, que ha de abrirse a los aspectos subjetivos y la intersubjetividad de la estimativa y el reconocimiento del otro, es decir, a una comprensión del que sufre los avatares del conflicto fáctico y normativo. Esta toma de conciencia de una intersubjetividad más profunda respecto a uno mismo con los demás, la veremos en el capítulo final como una vía para elevar los estándares éticos de la actividad profesional de los juristas.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 122.

2.5 La ponderación un modelo en auge de racionalidad jurídica en la toma de las decisiones judiciales

2.5.1 Ámbitos de aplicación del derecho práctico: la perspectiva judicial

El ámbito aplicativo del Derecho solemos entenderlo desde tres perspectivas: una correspondiente a la dogmática jurídica –que suele referirse por jurisdicciones al derecho penal, civil, laboral, administrativo, etc.–, nos proporciona criterios para la interpretación y aplicación de las leyes en esos ámbitos específicos de actuación; otra que solemos encontrar en el debate doctrinal acerca del sistema de fuentes y la producción normativa; y por último, la que más nos interesa en ese punto de estudio de una perspectiva profesional, la de la aplicación judicial.¹⁹⁵ Incluso añadiríamos una cuarta perspectiva la de la crítica del Derecho, tratando de ver lo racional o irracional que hay en él conforme a uno de los quehaceres fundamentales de la filosofía práctica.

La aplicación judicial es un tema muy sugestivo en el que destaca una figura central, la del *juez* al que solemos atribuirle un sentido del Derecho desde una “perspectiva más interna, moralista,” encontrando en el Derecho “un fin en sí mismo,” ya que, “deben profesionalmente procurar [...] que sus decisiones resulten conformes al Derecho,”¹⁹⁶ frente al de otros operadores como los abogados, fiscales, letrados de la administración, etc., a los que solemos entenderlos movidos, principalmente, por la obtención de fines externos al Derecho, sean mercantiles, personales, políticos, sociales o de la propia Administración, etc.

La aplicación del Derecho llevada a cabo por los jueces se puede delimitar en dos posiciones:¹⁹⁷ una referida al *judicialismo*, en la que, en su posición más extrema, pretende explicar las decisiones judiciales en relación a los actos de voluntad del sujeto

¹⁹⁵ M. ATIENZA. (1993): *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 19 y ss.

¹⁹⁶ M. ATIENZA. (2003): *El sentido del derecho*. 2ª ed., Ariel, Barcelona, p. 37.

¹⁹⁷ J. AGUILÓ. (2000): *Teoría General de las fuentes del Derecho*. Ariel, Barcelona, p. 103.

decisorio, relegando las normas judiciales como guías principales de conducta. Además, existe una segunda posición, en la que hablamos del *deductivismo*, que, desde una visión del Derecho objetivo, lo considera un sistema completo y cerrado, que desde sí mismo se aplica bajo un método deductivo. Entiendo que la aplicación del Derecho, llevada a cabo por los jueces, no pueden reducirse ni al enfoque del subjetivismo del acto de voluntad humana de la persona que lo aplica, ni al mecanismo deductivo dentro de una lógica jurídica a partir de la cual pudieran reducirse la aplicación del Derecho. Estos problemas convierten la tarea llevada a cabo en sede judicial en una labor altamente compleja y no exenta de numerosas problemáticas, en la que se deben estudiar e integrar ambas perspectivas.

2.5.2 La aportación de Robert Alexy a la *ponderación*

Al adentrarnos en el pensamiento de este jurista y filósofo alemán vemos que goza de un gran prestigio y reconocimiento en la iusfilosofía contemporánea, siendo un gran conocedor de las problemáticas contemporáneas del Derecho. Este pensador ha sabido marcar una visión propia dentro de la tradición de la teoría analítica del Derecho, marcando unas líneas de estudio imprescindibles para cualquiera que pretenda adentrarse en una perspectiva racional de la comunicación y del lenguaje en el campo del Derecho, principalmente, por las aportaciones de sus dos obras más conocidas la *Teoría de la argumentación jurídica* y *Teoría de los Derechos Fundamentales*. A partir del aro de influencia de esta segunda obra hemos entendido tradicionalmente el problema de la *ponderación* en relación con los Derechos Fundamentales y los intentos de resolver los conflictos entre los diferentes tipos de normas jurídicas.

En la tradición iusfilosófica principalista o constitucionalista antipositivista del Derecho, los principios constitucionales toman una posición preferente dentro de la jerarquía normativa, con una gran cercanía a las normas morales se han entendido en esta tradición que proporcionan una justificación moral al Derecho. En ese sentido, las constituciones contemporáneas sería un *sumun maximus* compilador de principios y valores morales informadores del sistema, conteniendo un catálogo de objetivos morales

vertebradores del sistema socio-político, que jurídicamente se han conseguido institucionalizar con la positivación de tales principios al solidificarse y consagrarse en lo institucional que instaura el Derecho.

Esa unión entre la moral y el derecho en las Constituciones hace que las normas jurídicas necesiten ponderarse con las morales. En ese sentido el profesor Juan Antonio García Amado nos dice que:

“el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general y que siempre pueden y deben las razones para la decisión resultantes de la norma jurídico-positiva cotejarse o ponderarse con las razones morales en general.”¹⁹⁸

Para Alexy en una categorización de los Derechos Fundamentales que ha hecho fortuna considera:

“Los derechos fundamentales, como principios, son mandatos de optimización. Como mandatos de optimización, son principios, las normas que ordenan que algo se realice en la medida más alta posible, en atención a las perspectivas fácticas y jurídicas.”¹⁹⁹

En ese sentido los *principios*:

“Están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de[be] hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones acerca de lo fáctico y jurídicamente posible.”²⁰⁰

A partir del clásico debate de fuentes con Alexy, Hart, Dworkin, etc., la *ponderación* toma sentido ante los conflictos, pues, surge la “necesidad de una ponderación de las diversas normas antes de su aplicación al caso concreto.”²⁰¹ Aunque,

¹⁹⁸ J. A. GARCÍA. (2016): “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la Ponderación.” *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 13. p. 11.

¹⁹⁹ R. ALEXY. (2003): “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad.” Trad. David García Pazos y Alberto Oehling de los Reyes, en F. Fernández Segado, (eds.), *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*. Madrid, Dykinson, p. 1510; R. ALEXY, (1996): *Theorie der Grundrechte*. 3ª ed., Frankfurt am Main, pp. 125 y ss.

²⁰⁰ R. ALEXY. (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 86 y ss.

²⁰¹ A. GARCÍA. (1998): *Principios y positivismo jurídico*. CEPC, Madrid, p. 192.

también, podría entenderse que “no aludiría a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas.”²⁰²

En una entrevista publicada en el año 2009 en la revista *Doxa* de la Universidad de Alicante, Alexy reflexiona sobre su trayectoria académica y nos dice que:

“Ningún legislador puede crear un sistema de normas tan perfecto que todos los casos se puedan resolver solamente en virtud de una simple subsunción de la descripción del estado de cosas bajo el supuesto de hecho de una regla.”²⁰³

El Derecho al estar abierto a lo interpretativo presenta los inconvenientes que Alexy identifica con:

“la vaguedad del lenguaje del Derecho, la posibilidad de antinomias, la falta de normas en las que pueda fundarse la decisión, y la posibilidad de decidir incluso, en casos especiales, contra el tenor literal de una norma.”²⁰⁴

El autor entiende la argumentación jurídica como un *caso especial* de argumentación, sometida a la ley, la jurisprudencia y la dogmática, a su entender cuando ésta es clara, en su terminología califica que estamos ante *casos fáciles*, es decir:

“Si la ley, el precedente o la dogmática establecen claramente la decisión, y no existen reparos serios en el aspecto de la corrección material, el caso se decidirá sólo mediante lo autoritativo e institucional.”²⁰⁵

Pero, en otros supuestos, estaríamos ante *casos difíciles*, aquellos en los que no hay precedentes y se dan problemas interpretativos o se pueden tomar estrategias interpretativas diferentes. Alexy considera que en estos supuestos las valoraciones no se pueden extraer del material autoritativo, en estos casos, el operador jurídico ha de *ponderar* sobre los valores en juego. A ese elemento subjetivo adheriríamos un plus a tener en cuenta en tal juicio valorativo: los conocimientos previos, las ideas, las convicciones, las creencias morales, los deseos, etc., que se dan en el aspecto subjetivo del intérprete del Derecho. La figura histórica del juez justo e imparcial –el prototipo de juez salomónico–

²⁰² L. PRIETO. (1998): *Ley, principios, derechos*. Dykinson, Madrid, p. 52.

²⁰³ R. ALEXY. (2009): “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho.” Trad. A. D. Oliver-Lalana, *Doxa*, Universidad de Alicante, 32, p. 81.

²⁰⁴ *Ibid.* p. 81, *cfr.* R. ALEXY. (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 23-24.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 81.

es una de esas creencias previas, una constante en las culturas que inspira una figura ideal frente a la parcialidad y la injusticia. Cualquier proyecto de racionalidad jurídica –la que más triunfos ha cosechado en las últimas décadas es la argumentativa– ha de ser conocedora del inconveniente de la singularidad subjetiva de cada individuo, y los presupuestos ontológicos que subyacen a su interpretación.

La función pública encargada a los jueces en la tarea de administrar justicia se da en un sistema reglado de garantía como el nuestro y viene guiada, fundamentalmente en su nivel más alto de autoridad, por las directrices marcadas por esos *principios*, que son recogidos en las normas constitucionales en su estatus más elevado: el art. 1 de la Constitución española recoge esos ideales programáticos prioritarios de un sistema democrático la libertad, la igualdad y la justicia; el art. 9.2 nos habla de un mandato expreso para que los poderes públicos promuevan sus condiciones de aplicación; y el art. 9.3 añade un elenco más específico de principios a interpretar en la aplicación del Derecho, habla de que:

“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”

Un catálogo de principios de máximo rango que informan acerca de un sentido programático de nuestro ordenamiento jurídico, que los poderes públicos han de procurar llevar a término legislando y garantizando sus condiciones de posibilidad, que se logra con el desarrollo efectivo de una regulación que estructure orgánicamente el Estado, la Administración y el funcionamiento y los procedimientos del sistema judicial a fin de garantizar la defensa de los derechos y la ausencia de injerencias. Los principios que están más cerca de la moral y los planos de justificación son los que posibilitan una interpretación teleológica del Derecho.

Aquella racionalidad jurídica que se ha aproximado más a una tradición lógica y analítica ha tratado de enseñar a discriminar cuantos más elementos personales y subjetivos mejor, en cambio, en la *hermenéutica jurídica* recuperará su foco de atención y dará relevancia a los intentos de integrar en su análisis esos elementos subjetivos, ontológicamente ineludibles, en la comprensión previa y necesaria que se da ante la toma de decisiones.

La *ponderación* es uno de los mecanismos racionales que la ciencia jurídica ha introducido para describir una forma posible de actuar de los jueces. En una de sus acepciones más usuales podríamos identificarla con una actividad consistente en sopesar o valorar exigencias, las cuales presionan o demandan acciones diferentes. En la metáfora de la balanza de la justicia supondría colocar en los platillos, de uno y otro lado, las razones de peso que sustentan las pretensiones en conflicto para que esos pesos específicos decanten la justicia en uno u otro sentido.

Desde el lenguaje jurídico, tradicionalmente se ha identificado *ponderar* a un juicio normativo o juicio de valoración, por ejemplo, el que pudiera determinar que “una norma está por encima de otra,”²⁰⁶ sumiéndonos en la teoría de las normas –su naturaleza, competencia, jerarquía, etc.– y la teoría de la interpretación –que, en consonancia a nuestro hilo conductor, nos dará pistas para la *hermenéutica jurídica* estudiada en epígrafes posteriores–. Si entendemos esta ponderación centrada en las normas, podría afectar a un principio sobre una norma o ésta sobre una regla, directriz, recomendación, acuerdos, etc., en los diferentes rangos jerárquicos de los sistemas de fuentes de las normas jurídicas o incluso dentro del mismo, encontrándonos ante casos difíciles.

A este respecto cabe recordar, por ejemplo, los clásicos supuestos de conflicto de la eutanasia o la transfusión de sangre a los testigos de Jehová, que en peligro de muerte se negaban a recibir, imponiendo sus creencias religiosas, ponderándose preferencias de valores: uno es la defensa del valor a la vida (art. 15 CE), otro relativo al valor de una vida digna en el libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación de sus condiciones (art. 10.1 CE) conectado en el segundo supuesto con la libertad ideológica o religiosa (art. 16 CE). Todos son derechos de máximo rango en el mismo nivel del ordenamiento jurídico, que protegen bienes jurídicos que se han considerado por el sistema valiosos. Ante un conflicto entre ellos, uno de los valores en juego ha de claudicar en favor del otro, al ser incompatibles, la autoridad ponderativa ha de decidir en el juego valorativo cuál ha de prevalecer bajo qué, condiciones, dando por supuesto razones para ello.

²⁰⁶ J. A. GARCÍA AMADO. (2016): “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación.” *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 13, 3.

Al *ponderar* en Derecho estoy valorando normativamente, pero, no basta con valorar simplemente, sino que se requiere justificar con razones, para eso al establecer un diálogo con otras concepciones, ideas o creencias nos enriquecemos de cara al juicio de responsabilidad decisorio a tomar, al poner nuestras creencias y valores en cuestión. Los prejuicios, veremos a partir de la hermenéutica de Heidegger y Gadamer, son constitutivos en la comprensión. Confrontándolo con las posiciones contrarias tratamos de llegar a soluciones consensuadas, que rebajen o cambien mis pretensiones iniciales y mitiguen las tensiones del conflicto.

Lo esencial será encontrarnos ante un proceso público de argumentación, en el que tiene lugar una acción lingüística ético-discursiva, que se realiza de cara a la comunidad de argumentadores, es decir, dirigida al foro jurídico público-institucionalizado, en expresiones escritas u orales motivadas, que nos ofrecen preferencia razonable o justificable, no tan solo tratar de encontrar una demostración objetiva al estilo de las ciencias empíricas, que por cierto son de una valoración apreciadísima en el juicio valorativo y la motivación de las resoluciones judiciales.

En Derecho, al estilo de los métodos de ciencia empírica suele asimilarse la repetición con la probabilidad, cuantos más casos similares nos encontremos relativos a determinados supuestos de hecho del mundo fáctico, mayor correspondencia podremos encontrar en el mundo conceptual y normativo de las consecuencias jurídicas universalizadas, en iguales o similares términos, modulables por criterios cualitativos y cuantitativos del grado y la intensidad de los detalles, por lo que los demás casos particulares tenderán a esa solución en similitud de condiciones. Veremos los problemas del silogismo judicial hipotético en el razonamiento inductivo del Derecho cuando estudiemos la argumentación jurídica en el próximo capítulo.

2.5.3 Ejemplos prácticos en la ponderación de valores

En el Derecho los detalles y matices de los casos particulares cuentan delimitando el cariz de la interpretación que tomamos en relación con el Derecho, y pueden ser muchos y de variadísimas procedencias, además, éstos son objeto de interpretaciones

contradictorias, y pueden, aunque parezcan *a priori* irrelevantes o con poco peso específico en la causa, hacer decantar una balanza más ajustada hacia un determinado lado u otro, que puede estimar total, parcialmente o matizadamente, las pretensiones que parten en la confrontación de intereses que se sustancian en el procedimiento judicial. En Derecho solemos operar en una interpretación por analogía²⁰⁷, pero hay que tener en cuenta que en cada caso particular no se entiende necesariamente vinculado a los anteriores, el matiz de los detalles en el nuevo caso particular, pueden cambiar la lógica que relaciona el supuesto de hecho con los precedentes análogos que tienden a universalizar y generalizar un sentido concreto en la interpretación de la jurisprudencia.

En Derecho muchas malas prácticas suelen reafirmar sus pretensiones aduciendo que “sus razones son datos objetivos y demostrativos.”²⁰⁸ Veamos a continuación en los ejemplos prácticos algunos de esos problemas, en los que se ha de ponderar la prevalencia de los valores en juego para tomar las decisiones. Además, la ponderación se puede complementar con un proceso deliberativo o dialéctico que se da entre sus diferentes operadores en el foro público y ayuda a la obtención de un conocimiento colaborativo consensuado en la solución a los conflictos:

1) Por ejemplo, tomemos un caso de un supuesto *delito* contra la *salud pública*, el hecho de cultivar cannabis con la intención de introducirlo en el tráfico mercantil es un hecho que encaja con el tipo penal del art. 368 del Código Penal:

“Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de [...]”

Un razonamiento más próximo a la lógica jurídica nos dice que, si estamos ante un supuesto de hecho donde concurren las propiedades cualitativas y cuantitativas asentadas por la doctrina penal para este tipo penal, es decir, se da una acción típica intencional y culpable de cultivar para el fin ilícito de traficar dañando el bien jurídico protegido de la salud, estamos ante un supuesto subsumible –o que *encaja*– con la descripción de ese enunciado normativo, es decir, se da la conducta típica recogida por el

²⁰⁷ Cfr., M. ATIENZA. (1986): *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Civitas, Madrid.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 5.

precepto que es punible. Lo que le sigue es todo el procedimiento que permite hacer el juicio de culpabilidad y romper la presunción de inocencia por los operadores jurídicos encargados.

En el proceso hemos de valorar muchos otros aspectos doctrinales con los propios del caso particular, además en el procedimiento se dan varios niveles de juicios ponderativos: desde unas fases indiciarias, otras intermedias, hasta unas finales. En la dialéctica procedimental que establece el derecho procesal, podemos ejemplificar:

1. El primer juicio efectuado podría ser el de un *denunciante* o *descubridor* de unos hechos que pudiera formularse un primer juicio de encaje de esa conducta –juicio de hechos– interpretándolos en relación a un precepto penal que describe una conducta ilegal –juicio normativo–. Es decir, respecto a una percepción empírica de unos hechos del mundo, realiza un juicio indiciario conforme a su conocimiento del mundo normativo, sin apenas conocimientos técnicos de la doctrina penal. Esta persona pone en conocimiento de las autoridades unos hechos que cree ilegales para que se investiguen, con posterioridad el juicio de culpabilidad institucionalizado, primero lo instruye o encausa, después tratará de demostrar si esos hechos contravienen o no la legalidad vigente.
2. Un segundo juicio, algo más técnico, aunque, también, indiciario, sería el de los *policías* o *cuerpos de seguridad* actuante que reciben la denuncia o que investigan por iniciativa propia. Éstos tienen ya conocimientos técnicos del derecho penal, procesal y de las garantías y derechos constitucionales exigidas para una investigación y acusación formal con plenas garantías. Tras proceder a las averiguaciones pertinentes van compilando las evidencias empíricas como material probatorio que entienden pudieran romper la presunción de inocencia ante un futuro Tribunal.
3. El tercer juicio técnico es el de los expertos en Derecho, el *juez* instructor que habiendo ya actuado –por ejemplo, autorizando escuchas telefónicas o las entradas y registro, tras las preceptivas solicitudes de los agentes actuantes en base a indicios razonables y con las debidas garantías– o

siendo hechos primarios ante él presentados, valora la relevancia penal en base a esos indicios y la posibilidad del enjuiciamiento. Así como proceder con el impulso procesal y las medidas complementarias de investigación que han de dictaminar cuidando las garantías procesales de un proceso justo y el respeto de los Derechos Fundamentales del investigado.

4. El juez instructor actúa en conexión con la valoración del otro perito en Derecho esencial, el de la *fiscalía* encargada de impulsar las acusaciones públicas y demás diligencias pertinentes, que representa el interés social y comunitario.
5. Al que podríamos adherirle una o varias *acusaciones particulares* si las hubiera.
6. En esta fase de investigación o instrucción se requiere un juicio contradictorio esencial, el depositado en la labor del *abogado/a defensor* – en virtud de los Derechos Fundamentales de defensa y presunción de inocencia–, en cuya actuación, se puede defender una postura expresa del investigado o una estratégica más pragmática aconsejada por el especialista del Derecho y asesor de sus intereses frente a la investigación y el proceso judicial.

En este caso práctico, podríamos vernos ante un clásico problema de la confrontación entre el derecho y la moral, pues, el acusado puede aducir razones morales personales para sus actos, es decir, que se propone cultivar en acción de insumisión al listado de sustancias ilegales instauradas a su entender de forma arbitraria por la autoridad vigente, o porque considera que el consumo de cannabis no debe ser ilegal, equiparando esta sustancia psicoactiva a otras drogas legales, o porque, ayuda a los consumidores a los que destina su producción con sus problemas de salud, o porque es un comercio que debería estar regulado u otras cuestiones posibles. Pero, mientras no exista una reforma o derogación del precepto penal o una regulación específica para el consumo y la venta legal que implique excepciones a la norma general de prohibición, no son razones jurídicas de peso.

El juicio de responsabilidad de los encargados de decidir las cuestiones fundamentales que repercutirán en el estatuto personal del acusado son las del juez:

A) El *juez de instrucción*, se puede ver ante la opción de encausar o de no investigar por falta de relevancia penal, no podría aducir razones morales y aplicar un razonamiento moral *contra legem*. La norma penal impera. De hecho, existe otra que recoge su inacción como otro posible ilícito penal, el de prevaricación, actuando contra el principio de legalidad. Lo que si hace es ponderar, si todos los indicios ante él presentados son suficientes, efectuando un juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, que permite motivar, por ejemplo, una posible decisión de sobreseimiento provisional o archivo definitivo de las actuaciones anunciando su posible resolución en la vía jurisdiccional administrativa y no la penal –tras el informe favorable de la fiscalía– que si se recurre a una instancia superior se podrá revisar. En cuestiones que intenta que sean estrictamente jurídicas, existe un aspecto personal valorativo de cuestiones fácticas, afectas por su percepción empírica de la situación global objetiva – normas y hechos empíricos– y subjetiva del caso particular, que son ineludibles en el juicio de responsabilidad que decidirá el sentido de la justicia.

B) El *juez de lo penal* –es el encargado de juzgar el caso ajeno a la instrucción, en virtud de la garantía de la doble instancia que protege la imparcialidad– examina en su estudio y en la vista todo el material probatorio junto a las declaraciones y alegaciones de las partes. Este juzgador, dentro de su prerrogativa de la libre valoración de la prueba, considera que esos hechos, con las evidencias y todas las pruebas ante él presentadas, en su interpretación valorativa y el proceso dialéctico de confrontación ante él presentados se predispone a encajarlos o no en el tipo penal, para condenar o absorber conforme a las previsiones legales, y argumentar todas esas razones que han determinado su decisión en su sentencia.

Estos múltiples juicios son los que pueden darse en un procedimiento penal en el que la confrontación deliberativa de todos sus operadores es esencial, para que la contradicción dialéctica entre las diferentes formas de interpretar los hechos con el Derecho contribuya a que la resolución de los conflictos surja de esa discusión racional reglada. Podemos entenderla desde un sistema normativo ético, sea, por ejemplo, el de las reglas de comunicación en la razón comunicativa, pero también por la procedimentalidad, que como una garantía del ordenamiento jurídico es fruto de la propia

racionalidad jurídica, que con su sistema de normas jurídicas ha instaurado esta virtualidad epistémica en el sistema judicial.

2) Otro ejemplo interesante aclaratorio de esa procedimentalidad podríamos encontrarlo en un supuesto de *homicidio* o *asesinato*, en el juicio de *subsunción*, es decir, el de someter un caso particular a una norma general universal, la de los preceptos penales correspondientes para ver si encajan en esa descripción delictiva. El método racional, instaurado por el Derecho cuando se ha de proceder al juicio de culpabilidad en el proceso implica, por un lado, una parte de interpretación de las evidencias empíricas que pueda presentarnos la instrucción, los agentes policiales instructores, los peritos o demás intervinientes en la causa, aportando restos biológicos, periciales forenses, declaraciones de acusados, perjudicados y testigos, etc. Pero, por otro lado, se requiere de un juicio complejo normativo que se va modulando, desde su primera apreciación indiciaria: el primer testigo o agente que llega al escenario del crimen, hasta los investigadores del homicidio, peritos, el juez, el fiscal, los abogados acusatorios y defensores, etc.

El juicio de encaje de los hechos empíricos con los tipos penales puestos en cuestión se va perfilando a lo largo de las demás fases procesales, hasta la primera calificación provisional de los hechos en la fase de instrucción, las subsiguientes, en las negociaciones con la fiscalía, al cierre de la fase de instrucción y la apertura de la fase de juicio oral –a pesar de que la defensa en todo momento durante la causa todavía puede llegar a un acuerdo con la fiscalía en la negociación modificando el tipo penal y la pena a imponer–. El encaje de los hechos, sus circunstancias a lo prescrito por el precepto, puede ser realizado por las partes –fiscales, acusadores y defensores– ser modificado hasta el último momento incluso ya sin acuerdo tras la vista, en las conclusiones finales de la fase del juicio oral. El juez y los perjudicados en su caso tienen la última palabra para ratificar acuerdos o resolver sin ellos, vistas todas las pruebas y oídas a todas las partes el juicio queda visto para sentencia.

La valoración para encontrar el encaje en uno u otro sentido de la norma, su validez, requiere que en esa acción y sujeto concurren las propiedades que la doctrina penal entiende para uno u otro delito. En el proceso penal se abre un debate dialéctico de negociación, con posiciones y pretensiones estratégicas. Un fiscal puede pedir en su calificación provisional mucha pena de prisión y una alta responsabilidad civil en el

margen discrecional de las instrucciones de la fiscalía superior, sabiendo que en la negociación puede rebajar o la defensa reclamar para su representado mucha menos, sabiendo que puede llegar a otra posición intermedia.

El juez tiene la última palabra como garante de todos los principios materiales y procesales del procedimiento –desde el principio acusatorio, la presunción de inocencia, la legalidad, la oralidad, la inmediación, la defensa jurídica, etc.–. Su imparcialidad, la protección de los derechos y las demás garantías han de equilibrarse con su obligación de administrar justicia motivadamente. Alexy nos habla de que en su juicio ponderativo se han de cumplir los requisitos de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad.²⁰⁹ Las cuestiones críticas que nos suscitan son que, si ese encaje fuera tan fácil, la aplicación del Derecho se podría mecanizar en una técnica deductiva de subsunción determinando, que a un supuesto de hecho, como el resto de casos similares, se le aplicarían estas consecuencias jurídicas, en este supuesto estaríamos ante el paradigma del razonamiento deductivo. Pero el Derecho tiene muchos matices que han de ser tenidos en cuenta produciendo valoraciones complejas, el profesor García Amando nos dice que:

“son necesarias cuando en una situación concurren dos normas entre sí no contradictorias, pero que en la concreta situación no pueden ser simultáneamente cumplidas.”²¹⁰

En una línea que ha hecho fortuna en la iusfilosofía de corte constitucionalista antipositivista, a su entender en la *ponderación*:

“lo que importa no es la subsunción de los hechos bajo el supuesto de la norma, sino la ponderación que atienda a razones morales como razones jurídicamente válidas” en “una reserva de compatibilidad con la moral o con las normas de algún sistema moral.”²¹¹

La subsunción se identifica más con un mecanismo lógico y la ponderación o deliberación con un proceder valorativo, el primero se ha entendido más con el conflicto en la jerarquía de normas, el segundo, el que pone en diálogo valores en juego para ver cuales prevalecen, se acercan más a la justificación moral de las decisiones.

²⁰⁹ R. ALEXY. (2003): “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad.” Trad. David García Pazos y Alberto Oehling de los Reyes, en Francisco Fernández Segado, (eds.). *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*. Dykinson, Madrid, pp. 1505-1514.

²¹⁰ J. A. GARCÍA. (2016): “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la Ponderación.” *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 13, 6.

²¹¹ *Ibid.*, p. 9.

3) En los famosos caso de las *cláusulas suelo* del derecho hipotecario y mercantil español, se daba un conflicto a propósito de unos consumidores que contrataban el pago de sus cuotas hipotecarias referenciadas a un tipo variable, el cual, establecía que cuando subía el índice de referencia –Euribor– el obligado hipotecario tenía que pagar un montante porcentual mayor, pero cuando bajaba a un nivel mínimo, impuesto contractualmente por la entidad bancaria en el contrato como una cláusula, en el que ya no podía bajar más y pagar menos en su cuota porcentual –cláusula suelo–, a pesar de que el índice de referencia siguiera bajando.

El juzgador podría verse a la hora de justificar su fallo, ante la tesitura de tener que valorar en el terreno técnico si es una cláusula limitativa, que atenta contra los derechos de los consumidores, que en el trasfondo moral puede considerarse inmoral o injusta, por diversas razones, abuso de posición dominante en la contratación, desproporcionalidad, perjuicio al consumidor, etc. Pero también podría argumentar en una sentencia hipotética de signo contrario, a favor de la banca, considerando preponderante la libertad contractual y las diversas ofertas en un mercado libre que le habrían permitido al consumidor optar por esa contratación u otra, entre las diferentes ofertas del mercado, –en el que encontramos tipos fijos o variables, con mayores o menores cuotas–.

El juez, al decidir, ha de deliberar y al hacerlo no puede dejar de lado sus ideas, creencias, convicciones e ideologías. La administración de justicia requiere de esa deliberación de bienes o valores en juego y priorizarlos en sus decisiones. Cuando estamos ante supuestos de hecho sin precedentes, primero, ante un Tribunal en una primera instancia y después ante un Tribunal superior o de máximo rango que ha de sentar jurisprudencia, cualquiera que sea su justificación de fondo con mayor o menor sentido de justicia desde nuestra óptica personal y social que la valora, en el momento que expresa sus razones y se sintetizan en un fallo, sus razones o motivos de fondo marcan orientaciones prescriptivas a seguir, puesto que el sentido de su fallo y las razones aducidas quedan institucionalizadas como la doctrina jurisprudencial o precedente. Estas sentencias o resoluciones cierran muchas posibilidades a interpretaciones disidentes, pero, si es más abiertas –incluso con votos particulares divergentes–, es decir, si deja espacio para las vaguedades o ambigüedades, no en el sentido peyorativo, sino en el

productivo, estas objeciones hacen continuar el juego dialéctico del Derecho, activando su dinamicidad y flexibilidad frente al dogmatismo interpretativo, de ahí la importancia de la interpretación y de la técnica de argumentación jurídica que veremos en los siguientes capítulos.

Capítulo 3

RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En este capítulo pretendo mostrar parte de la riqueza metodológica y conceptual aportada por el giro argumentativo o práctico de la racionalidad en el Derecho, aproximándonos a sus conceptos claves y visualizando ejemplos que nos enseñen a distinguir y evaluar a partir de ciertos estándares de racionalidad las argumentaciones utilizadas en la práctica jurídica. Iniciamos la ruta conceptual por sus categorías y las tensiones del juicio práctico que afectan a la teoría de la argumentación, ayudados de un análisis histórico con los modelos argumentativos trabajados en la tradición y el auge de los modelos dialéctico y retóricos en la contemporaneidad. Los ejemplos prácticos nos serán valiosos instrumentos operativos en el aprendizaje de la reconstrucción evaluativa de los argumentos en un modelo de discusión racional crítica, a partir de cual, además, podamos ofrecer una visión crítica sobre la forma de argumentar en *neurociencias*.

3.1 *¿Qué es argumentar? ¿El por qué de argumentar en Derecho?* Concepciones clásicas de la argumentación jurídica

Las cuestiones acerca del *¿Por qué y bajo qué* parámetros argumentamos? son preguntas para nada fáciles de dilucidar, sobre todo si toman un perfil tan particular cuando tratamos de precisarlas en relación a nuestro sentido de estudio, el llevado al plano del llamado giro argumentativo de la filosofía, también, denominado giro práctico o hermenéutico. Antes de entrar de forma más pormenorizada en la delimitación de sus ámbitos de estudio relacionados con el Derecho, conviene hacer una aproximación más genérica a partir de sus conceptos clave. El filósofo y pensador crítico Anthony Weston nos da algunas pistas definitorias de lo que pretendemos explicar. En su famosísimo libro *Las claves de la argumentación*, inicia su tesis preguntándose *¿El por qué de argumentar?*, en su opinión:

“algunas personas piensan que argumentar es, simplemente, exponer sus prejuicios bajo una nueva forma,” *evidentemente, argumentar es algo mucho más complejo, implica un proceso más elaborado con otras muchas implicaciones subjetivas e instrumentales, por eso nos explica a continuación que*, “dar un argumento significa ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión.”²¹²

Un *argumento* no es sólo un conjunto de buenas razones, debe aspirar a estar bien construido, por ello, ha de ostentar una estructura o forma lógica, cuyo enunciado contenga una o varias razones con la que se quiere justificar una o varias afirmaciones, decisiones o propuestas. De ahí que su forma bien pudiera ser la de un libro teórico o práctico, la de una tesis doctoral o la de una pretensión en Derecho, entre sus muchas variadas posibilidades. Lo que todas suelen compartir es la necesidad de expresar una idea u opinión mediante *argumentos*, construcción que se da dentro de un sistema de razonamiento por argumentaciones. En el Derecho que envuelve la práctica jurídica estamos ante un proceso en el que el *orador* expone creativamente sus ideas –*póyesis*–

²¹² A. WESTON. (1994): *Las Claves de la Argumentación*. Trad. Jorge F. Malem Seña, Ariel, Barcelona, versión original, (1987): *A Rulebook for Arguments*. Avatar Books of Cambridge.

sirviéndose de una *retórica* en una *dialéctica* o proceso de intercambio de argumentos que se desenvuelve dentro del dominio de una técnica *–techné–*.

La *argumentación* supone la puesta en juego de unas reglas del discurso argumentativo racional, el *argumento* se sustenta en una forma o estructura lógica, que encadena una o varias premisas para llegar a una o varias conclusiones en apoyo de esas ideas, creencias, convicciones o pretensiones en Derecho que nos motivan y mueven en el actuar y, las cuales, expresamos con los argumentos conforme a las formas, usos y reglas comunes del lugar, en búsqueda de la aceptación de los lectores, oyentes o demás operadores del Derecho, que nos interpelan o interpelamos, formando parte de unos *auditorios* específicos en los que se da una parte significativa de la práctica jurídica en el mundo del Derecho.

Las dudas epistemológicas sobre este proceso de transmisión de información y conocimiento mediante argumentos nos las transmiten los diferentes enfoques que solemos encontrar en las categorías de la tradición: uno clásico versa acerca de sí se transmiten con el discurso que se expresa *convicción* –es decir, *verdad*– vinculada al conocimiento demostrativo o, por el contrario, se transmite *persuasión* –vinculada aristotélicamente desde los *Tópicos* y la *Retórica* a las *opiniones*–. Esta disyuntiva ha marcado las historias de la filosofía desde la sofística, Sócrates, Platón, Aristóteles y el mundo clásico, pasando por los pensadores medievales, modernos e ilustrados hasta el resurgir de la nueva retórica, y una nueva dialéctica –no la ontológico cognitiva o epistemológica– estudiada desde la visión pragmática del lenguaje y la comunicación, tan en alza en la contemporaneidad. Kant nos dice que:

“el criterio para saber si el tener por verdadero es convicción o mera persuasión es, por tanto, externo, y consiste en la posibilidad de comunicarlo y en comprobar su validez para toda la razón humana.”²¹³

Al acercarnos a las concepciones de la racionalidad jurídico-argumentativa, la *validez racional* ha encontrado unas grandes tensiones con la voluntad demostrativa de la ciencia empírica, que, desde la historia de la epistemología y la teoría del conocimiento, nos ha mostrado la falibilidad de los métodos científicos que surgieron, por ejemplo, en

²¹³ I. KANT. (1994): *Crítica de la razón pura*. 10ª ed. Trad. P. Ribas, Alfaguara, Madrid, p. 640.

el mundo del Derecho, se dio una racionalidad jurídica que tanto nos ha inspirado en la creación de los sistemas jurídicos y políticos. Un Derecho con gran fe en esa racionalidad trata de buscar reglas y universalidades, extraídas de la inducción o la generalización silogística, que llevan a la institucionalización del Derecho mediada por la regulación de normas jurídicas. Pero, ese proceso tan loable en sus fines dista mucho de lograr los cánones de perfección lógica pretendidos por las tradiciones iusfilosóficas de corte más logicista. La cualidad humana que los incumbe en sus fases aplicativas es altamente vulnerable a posibles equívocos, desajustes o a los errores formales o materiales, immanentes a la cualidad humana que los ejecuta. Al ser creaciones humanas, abiertas a la interpretación inter-subjetiva en el contexto del momento histórico en el que acontece, éstas evolucionan constantemente y se dan en contextos diversos de aplicación distintos a los que originaron esa producción normativa.

En esas complejidades immanentes al Derecho, la razón aplicativa regulada por las normas jurídicas se enriquece con la dialéctica que se experimenta en las objeciones argumentativas, en las que fluyen los intercambios de opinión, y que dinamizan y desencorsetan la gran rigidez interpretativa impresa en el sentido de las normas jurídicas. Ese proceso práctico que enriquece el giro argumentativo parte de un *telos* genérico social en el que está inserto una voluntad de consensuar soluciones a los conflictos humanos en la vía institucional. El profesor García Amado nos dice que el Derecho es una disciplina eminentemente práctica; en uno de sus estudios sobre la argumentación jurídica manifiesta que:

“El derecho se hace para la práctica y en la práctica, y esa práctica consiste antes que nada en argumentar. Si alguna racionalidad tiene el derecho, será su racionalidad argumentativa, no de otro tipo (lógica, moral, normativa...)”²¹⁴

Esto es un enunciado que contiene afirmaciones demasiado categóricas en algunos aspectos lo cual genera problemas, conviene comenzar con el análisis de los argumentos presentados iniciando la ruta práctica propuesta, estamos de acuerdo en que el Derecho se hace para la práctica y en la práctica y, que no se puede dar sin argumentar, pero, sin embargo, planteamos objeciones a la hipótesis de esa última coletilla en la que habla de

²¹⁴ J. A. GARCÍA AMADO. (2013): *Razonamiento Jurídico y Argumentación. Nociones introductorias*. Eolas Ediciones, León, p. 108.

que la racionalidad del Derecho es exclusivamente argumentativa. Procedamos a un análisis formal de esa hipótesis a fin de introducirnos con ello en la evaluación de argumentos anunciada:

A \longrightarrow B “El Derecho (A) se hace para la práctica y en la práctica (B)”

B \longrightarrow C “La práctica (B) consiste en argumentar (C)”

C \longrightarrow D “De la argumentación (C) se ocupa la racionalidad argumentativa (D)”

—————
A \longrightarrow D “Del Derecho (A) se ocupa la racionalidad argumentativa (D)”

Las secuencias de inferencias van interrelacionando unas disciplinas con otras, la primera, mantiene conexiones definitorias, estratégico-instrumentales o de intereses con las intermedias y de éstas con las finales. La *conclusión* resulta de una implicación múltiple, que conecta conjuntos de intereses: la primera (A) con la última (D) a través de la mediación de las intermedias (B) y (C), que permiten aclararnos una conclusión, quizás, con demasiada pretensión de convicción o fuerza persuasiva al utilizar la retórica del enunciado A \longrightarrow D, (*Si ... y no de otro tipo*).

Evaluemos el argumento desde la perspectiva formal y material, ayudados por algunas orientaciones extraídas de la tradición. Para Kant y la filosofía del lenguaje, que trató la semántica y la teoría de la referencia directa, el salir de A = A y pasar al enunciado de A = B, es decir, llegar a un predicado que no contiene el sujeto, ya supone un paso problemático. Esto nos ha llevado al problema clásico del juicio sintético, obtenido del juicio de la experiencia y aquellos sistemas inductivos que, apoyados en el silogismo hipotético, se identificaron entre los métodos utilizados en la obtención del conocimiento científico. Quizás, con este análisis argumentativo, podamos decir que un argumento con una formulación tan taxativa supone demasiado inferir pues, si el paso de A = B, resultó ser tan problemático en la historia de la filosofía, el de A = D por mediación de B = C, amplía las dificultades, desdibujando más los significados y las conexiones de lo que se quiere proponer en esas proposiciones.

Considerar, que cualquier modelo racional sobre el Derecho se da, exclusivamente, bajo el dominio de la racionalidad argumentativa, es ontológicamente demasiado taxativo. Ello condiciona y limita su tratamiento desde otras posibles

perspectivas de comprensión del fenómeno, por ejemplo, la antropológica, la sociológica, la psicológica, la moral, la lógica, la normativa, etc., que pudiera aportar otras concepciones sobre la racionalidad jurídica, aportando meta-reflexiones útiles, sean críticas, justificativas o de otro orden distinto en el campo de la racionalidad argumentativa y la teoría de la argumentación.

La racionalidad argumentativa, ontológicamente planteada como un presupuesto ineludible, no siempre ha de ser necesariamente el objeto de estudio de otros enfoques de racionalidad jurídica, cuál sería la posición de un filósofo moral, que intenta integrar en un proyecto de racionalidad práctica otras disciplinas prácticas, entre ellas el Derecho y una propia teoría de racionalidad argumentativa. Cualquier proyecto de racionalidad en Derecho, desde el momento en que pretende describir o prescribir el fenómeno que relaciona las normas y las personas, lleva implícita una racionalidad argumentativa. Decirnos que no podemos expresarlas sin argumentos y sin lenguaje o sin una determinada comprensión de ellos puede parecer obvio, como una predisposición ontológica de la racionalidad, de ello se desprende lo interesante de estudiar en el mundo del Derecho el giro argumentativo de la razón, pues nos permite guiarnos por las reglas que nos rigen en esos procesos de intercambios argumentativos, tratando de entenderlos, ver cómo están contruidos y mejorarlos.

La argumentación jurídica que nos interesa estudiar es la que se da en la práctica de los Tribunales, una acción aplicativa del Derecho peculiar reconocible por el observador común del Derecho, que nos transmite muchas incógnitas. La interpretación de esa forma de utilizar el Derecho no es un dominio exclusivo del técnico o especialistas en la materia; muchos intercambios de opiniones con contenido jurídico o valoraciones sobre él se dan en nuestras conversaciones de la vida cotidiana o los foros de debate público. Por ejemplo, uno incipiente se da en esa especie de *ágora telemática*, en la cual estamos constantemente inmersos tratando asuntos públicos de forma online, en un fenómeno novedoso de la comunicación que interconecta la información globalmente, con numerosos elementos positivos, pero, otros muchos negativos, que hemos de aprender a criticar, seleccionar y discriminar. A pesar de ello, en nuestra actualidad cotidiana nos abren un abanico, amplísimo de nuevas posibilidades de acceso a información, que se presentan, también, inciertas o imprecisas, en una era de la

información que incluso se ha llegado a llamar de la post-verdad, amparando malos o poco éticos usos de los discursos y la información que éstos contienen.

En ese foro cada vez con mayor calado social, se da un espacio nada desdeñable para la reflexión sobre el Derecho, por parte del jurista, el teórico o el filósofo moral y del Derecho. Estas opiniones más comunes y menos especializadas sobre el Derecho se dan en los programas televisivos, en la prensa, en los foros de opinión o en los blogs de internet –que tanto demandamos en los buscadores online de información– o incluso en los bares y lugares comunes cualesquiera, donde se genera opinión pública y se discute airadamente sobre un caso famoso surgido últimamente en prensa. A pesar, de que éstas no sean argumentaciones técnicas, no quiere decir que no hayan de ser tenidas en cuenta, pues son *vox populi*, y conforman la opinión pública que, por ejemplo, pudiera al extenderse y generalizarse influenciar en la acción de gobierno y del legislador o del político en el debate de la conveniencia de las leyes o en un abogado o fiscal acerca de cómo encarar un determinado procedimiento judicial o en un jurado popular o en los titulares de algún órgano institucional unipersonal o colegiado que ha de dictaminar alguna resolución.

Nos centraremos en el estudio de sus interacciones en un foro público, el de la sede judicial, donde podremos explicar mejor estos fenómenos con nuestra experiencia práctica previa, haciendo ciencia jurídica como filósofo del derecho y acercándonos a la teoría de la argumentación jurídica y algunos de los cometidos de la filosofía práctica. En este foro especializado del Derecho es donde se puede hablar y ejercer la acción profesional con propiedad terminológica y conceptual sobre la materia de la que se trata, por el conocimiento y la formación en Derecho de sus profesionales en estas cuestiones.

Lo interesante de un modelo de intercambio argumentativo en sede judicial lo extraemos de la virtud epistemológica de que el interlocutor interviene activamente buscando la aceptación de sus pretensiones jurídicas y reabriendo otras, con objeciones que conforman un conocimiento colaborativo. El proceso en sí requiere de más elementos, aparte de los propios internos regulados como un proceder normativo, incluidos en una argumentación común. Por ejemplo, al estar destinado a un auditorio tan específico, se eleva el canon de complejidad argumentativa, las formas y los contenidos son muy especializados, existen muchas expresiones típicas, por citar algunas comunes

en la jurisdicción penal: “con la venia su señoría...”, “formulo recurso de reposición en virtud del artículo...”, “diga si es cierto que el día de los hechos usted estuvo...”, “nos puede explicar, por qué, en su informe pericial el porcentaje de sustancia psicoactiva se aplica a todo el acopio de droga incautada y no...”, “a la vista de las pruebas obrantes en autos y practicadas en el acto de juicio [...] venimos a formular una acusación de...”, “con la venia su señoría a la acusación pública le interesa el interrogatorio de...” o “letrado ciñase a los hechos o le retiraré la palabra...”.

Muchas de estas expresiones orales y otras muchas escritas son utilizadas como coletillas retóricas o en otros casos bajo el formato de escritos muy estandarizados, que se repiten con gran asiduidad en el discurso y los diálogos jurídicos. Los actos procesales escritos u orales que encontramos en un procedimiento judicial como: demandas, denuncias, contestaciones, oposiciones, escritos de trámite, recursos, testificales, comparecencias, vistas preliminares, audiencias o actos de juicios, etc., se desenvuelven y expresan con actos argumentativos en los que previamente o durante el procedimiento se van introduciendo y variando pretensiones, de ahí la gran atención en el estudio del uso de los argumentos en el Derecho. Una gran estudiosa de la argumentación jurídica procedente de la famosa escuela holandesa, la profesora Eveline Feteris nos dice que:

“todo el que expone un punto de vista jurídico y desea que otros lo acepten debe presentar argumentos que lo justifiquen [...] dependiendo (*éstos, por supuesto, en una gran medida*) de la calidad de la justificación.”²¹⁵

Es decir, que dar razones en Derecho, si en realidad pretenden conseguir los propósitos iniciales marcados –las pretensiones en Derecho–, que pueden ir cambiando y modulándose durante el propio proceso, sean motivadas por intereses propios, la de los clientes o de las instituciones representadas, requieren, sin duda, de un plus extra de “justificación.”

La teoría de la argumentación jurídica ha tratado de encontrar criterios útiles que imprimieran a la práctica del Derecho: claridad, sencillez y, sobre todo, validez racional.

²¹⁵ E. FETERIS. (2007): *Fundamentos de la Argumentación Jurídica. Revisión de la Teoría sobre la Justificación de las Decisiones Judiciales*. Trad. Alberto Supelano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 12, publicación original, (1999): *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*. Kluwert, Dordrecht/Boston/London.

Esta última categoría de la validez es compleja y difícil de precisar en su determinación entre los criterios universalizables que nos hacen justificar la práctica desde un criterio de validez racional. Existirían en un magma de una gran pluralidad de teorías, que se han ido construyendo conforme a las tradiciones extraídas de diferentes corrientes éticas, iusfilosóficas, epistemológicas o de la filosofía de la acción, de la mente, del lenguaje, etc., dependiendo de por cuáles de estas disciplinas nos interese más a la hora de abordar la cuestión.

Una de las lecciones que nos ha dado la teoría de la argumentación jurídica en los últimos años es que la estructura expresiva de la comunicación en Derecho ha de estar ineludiblemente basada en razones –sean cuestiones de hecho o derecho que introducen, refuerzan o contradigan la interpretación de los hechos o fundamentos de derecho, puestos en cuestión en el juego dialéctico e interpretativo del Derecho–. Éste es un requisito cardinal, sin el cual se vaciaría de contenido el Derecho, y perdería sus exigencias de motivación, por ello nuestro sistema jurídico constitucional, en su constitución, su composición orgánica se ha esmerado con creces en recoger tales exigencias de una forma expresa dentro de su articulado,²¹⁶ implementado en los últimos años por los desarrollos legislativos y el refuerzo doctrinal y jurisprudencial.

El hábil comunicador –u orador perspicaz– utiliza la técnica persuasiva para tratar de conseguir las mayores adhesiones posibles a su corriente de opinión, en política, en Derecho o en los foros cotidianos, utilizando en las fases jurídicas los objetos técnicos del Derecho y sus recursos psicológicos-comunicativos, tratando de lograr el máximo convencimiento de un *auditorio*, sea la parte contraria en la negociación, funcionarios, clientes, perjudicados o cualquiera con intereses legítimos, o ante los tribunales populares, jueces o magistrados, etc. Un auditorio específico ante el que nos enfrentamos tratando de persuadir y convencer, y para el que le sería recomendable fomentar una actitud activa y crítica en el diálogo.

²¹⁶ La motivación en Derecho es una exigencia constitucional que podemos extraerla de forma general del derecho a la tutela judicial efectiva y la ausencia de indefensión del artículo 24.1 y expresamente como una obligación para los órganos que integran el Poder Judicial en el artículo 120.3 de la Constitución española al manifestar que “las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.”

La hermenéutica jurídica que veremos en el próximo capítulo realzará parte de esas necesidades, por un lado, nos dará elementos para comprender el aspecto mental y subjetivo de los argumentadores en Derecho pero, por otro lado, también, nos proporcionará un componente histórico institucional, que en la *hermenéutica* nos abre a la forma de experimentar de los profesionales del derecho y sus técnicas para interpretar las fuentes y los contextos de actuación en los que se dirimen los intereses contrapuestos en el Derecho.

Un orador perspicaz, por ejemplo, en sede judicial hace una lectura indiciaria psicológica del foro ante el que se enfrenta, adecuando en el proceso de intercambios las formas de su lenguaje y el tono de su expresión.²¹⁷ Un orador ha de equilibrar en su justa medida la forma y los contenidos de su expresión conforme a la *lex artis* de su profesión, la ética profesional y las exigencias sociales de usos y costumbres aceptables en el lugar.

La técnica persuasiva implica bastantes aspectos de la comunicación y los juegos de tanteos dialécticos y retóricos, que sirven para captar el estado emocional del auditorio, en el cual se va a lidiar y tratar de persuadir. Una de las labores del estudioso de la argumentación retórico-dialéctica y de la comunicación jurídica es describir los defectos y exigencias de una técnica que se da en esos auditorios acorde a unos estándares de corrección, lo cual solemos identificar con criterios de validez racional. Además, el proceso de argumentar nos retrotrae a cuestiones epistemológicas y metodológicas, cuando nos inmiscuimos en profundidad en la tarea de analizar y evaluar los argumentos jurídicos tratamos de identificar herramientas útiles para la práctica jurídica, que nos permitan enriquecer el proceso práctico del Derecho con las cualidades positivas de un procedimiento que pretende avanzar de forma correcta en la resolución consensuada de los conflictos de opinión. La argumentación jurídica viene largo tiempo estudiando pormenorizadamente muchos de estos fenómenos, trataremos de sintetizar algunos de esos intentos más relevantes.

²¹⁷ Las expresiones cargadas de emotividad vendrían a ser algo que Stevenson llamó *definiciones persuasivas*, aquellas que no buscan un uso clarificador del lenguaje, sino, persuasivo *cfr.* Ch. L. STEVENSON. (1971): *Ética y lenguaje*. Trad. Eduardo A. Rabossi, Paidós, Buenos Aires.

La virtud epistemológica de esta racionalidad argumentativa, en palabras de Weston, la encontramos porque al argumentar dialécticamente estamos ante “un medio para indagar [...] una manera de informarse de qué opiniones son mejores que otras.”²¹⁸ Pero, en Derecho en ocasiones, nos encontramos ante expresiones envueltas en complejos relatos técnicos, que dificultan la comprensión de los hechos controvertidos, en esas ocasiones la tarea del profesional del derecho, con sus argumentaciones objeccionales, consiste en muchas ocasiones más bien en poner al descubierto el contenido material de hechos y normas ocultas difuminadas por un discurso retórico, que interesadamente ha pretendido resaltar unos aspectos ocultando otros que pudieran tener igual o mayor trascendencia.

Estas son las múltiples razones que hacen del proceso de argumentar algo imprescindible en esa práctica jurídica que se da ante los órganos institucionales donde se confrontan los intereses en Derecho, su estudio nos ayuda a entenderlo y aplicarlo de una forma mejor: por un lado, podemos acercarnos a una mejor comprensión de los contextos aplicativos del Derecho; por otro lado, podemos tratar de encontrar virtudes epistémicas de los procesos argumentativos para la práctica jurídica. La necesidad de argumentar en la práctica jurídica es palpable por todos los motivos mencionados. Entre las tareas de la racionalidad argumentativa encomendada al estudioso del Derecho está analizar cómo se viene produciendo ese fenómeno, cuál es su origen y evolución, técnicas, reglas, categorías y prioridades presentes, etc. Por ello, cualquier estudio sobre lenguaje y comunicación que pretenda adentrarse en la argumentación jurídica ha de tener en cuenta la división básica de las tres concepciones que han estructurado la forma de abordarlo, que están en consonancia con la distinción clásica del lenguaje que desde antiguo distinguió sintáctica, semántica y pragmática.

²¹⁸ A. WESTON. (1994): *Las claves de la argumentación. op. cit.*, p. 13.

3.1.1 Formal: lógico-sintáctica

Una de esas concepciones básicas es la *formal* que se suele identificar con el dominio *lógico-sintáctico* de los signos del lenguaje. Es la parte de la semiótica que se refiere a las relaciones formales y estructurales de los signos, tradicionalmente, diferenciada de la *semántica* –estudio del significado– y la *pragmática* –que se centra en la relación entre los signos y sus usuarios, en contextos concretos–. El auge de los otros dos dominios, quizás, sean una respuesta a los estigmas arrastrados por los férreos encorsetamientos de la lógica deductiva, que entre las ciencias demostrativas decayó en admiración y seguimiento ante las crisis axiomáticas, lo falible de todo conocimiento científico, los problemas de causalidad, el tránsito de la necesidad a la probabilidad o el tránsito mencionado de la convicción a la persuasión, entre muchos de los factores que podemos sintetizar de tal proceso de tránsito histórico en la evolución de las categorías esenciales que han mudado en los epicentros de la historia del pensamiento filosófico.

Esta inflexión del saber moderno en la contemporaneidad ha provocado el viraje de muchos estudios hacia perspectivas más instrumentales, es el caso del gran auge de la *retórica*, suponiendo un paréntesis pragmático a los problemas de fundamentación, puesto que se han puesto en solfa disciplinas más eminentemente prácticas, que dirigen sus miras a cuestiones relativas al uso del lenguaje. El hecho de que una concepción formal de la argumentación jurídica haya estado tradicionalmente inspirada por los argumentos lógico-demostrativos supone, en palabras del profesor Manuel Atienza que la investigación lógica tiende hacia una:

“abstracción del contenido de verdad, o de corrección de las premisas y de la conclusión [...] centrados en las condiciones que tienen que respetarse para que el razonamiento pueda considerarse válido.”²¹⁹

Los estudios lógico-formales en lenguaje y comunicación nos envuelven en una dimensión sintáctica centrada en el estudio del orden y la predisposición de los signos, las palabras, las oraciones y los demás elementos que conforman las estructuras gramaticales del lenguaje. En lógica formalizada atendemos a la relación entre signos,

²¹⁹ M. ATIENZA. (2010): *Curso de Argumentación Jurídica*. Trotta, Madrid, p. 110.

conectores y reglas de inferencia que conectan los argumentos, pero, además, requerimos de unas reglas gramaticales apropiadas para las oraciones, que son convencionalmente establecidas por la comunidad lingüística del lenguaje ordinario. El razonamiento deductivo tuvo gran éxito pues nos transmitió desde un punto de vista formal que, si las premisas son verdaderas, las conclusiones, necesariamente, habrán de serlo también; estamos en el dominio de la argumentación como producto.

Las aproximaciones al *argumento deductivo* han generado gran admiración porque se ha entendido que preservan la verdad. Las ciencias jurídicas tuvieron intentos infructuosos por alimentarse de esa cualidad, tratando de imitar sus bondades veritativas para mejorar los mecanismos de la argumentación jurídica, a la que le podría aportar una consistencia y seguridad. Estos cánones de corrección formales permitirían a su vez implementar los mecanismos ideales de racionalidad jurídica bajo la forma deductiva:

1ª Premisa (verdadera)

2ª Premisa (verdadera)

Conclusión (necesariamente verdadera)

Un ejemplo de argumento deductivo:

A	→	B	“Si llueve entonces me mojo”
A			“Llueve”
<hr style="width: 20%; margin-left: 0;"/>			
B			“Me mojo”

Un ejemplo de argumento no deductivo *falaz*:

A	→	B	“Si llueve entonces me mojo”
B			“Me mojo”
<hr style="width: 20%; margin-left: 0;"/>			
A			“Me mojo” (El mojarse no quiere decir, necesariamente, que me he mojado por la lluvia, la estructura lógica, al no ser deductiva no es fiable)

El argumento lógico-deductivo, desde el punto de vista formal preserva la verdad, pero desde el punto de vista de su contenido hemos de acudir al juicio de la experiencia, si llueve no siempre ocurre que me moje, puede ocurrir que no me moje, por ejemplo, porque llevo un paraguas. Cuando Hume criticó la causalidad y entendió que el sol saldrá mañana, este hecho no es una verdad incuestionable, sino que depende de que la naturaleza se comporte conforme se ha venido comportando hasta ahora, estamos ante una probabilidad contrastada empíricamente por repetición. Si lo entendemos como una verdad deductiva incurriremos en el error del sueño dogmático del racionalismo clásico, es decir, si lo tratamos como una cuestión de hecho, que viene del juicio de la experiencia, estas proposiciones las argumentamos apoyadas en la inducción –comprobación empírica–, pero de ésta solo podemos inferir y constatar probabilidades, pudiera ocurrir un cataclismo y que el sol no saliera mañana o que llevase un paraguas y no me mojara.

La lógica semi-formalizada de enunciados introdujo dos reglas básicas *deductivas* fundadas en el uso del *implicador*. En ambas, la premisa mayor es una implicación y la premisa menor un dato positivo o negativo que permite, respectivamente, o bien afirmar –*ponere*– el consecuente, o bien negar o quitar, –*tollere*– el antecedente:

$\begin{array}{l} A \longrightarrow B \\ A \\ \hline B \end{array}$	<i>(modus ponens)</i>	$\begin{array}{l} A \longrightarrow B \\ \neg B \\ \hline \neg A \end{array}$	<i>(modus tollens)</i>
---	-----------------------	---	------------------------

El *modus ponens* es un argumento que lleva implícita la premisa, por ejemplo, tras conceder la venia a un compañero letrado, le damos un expedite enorme de muchos tomos y le decimos “pobrecito.” La cadena de implicaciones conecta, condicionalmente entre si dos proposiciones, A y C, por virtud de una tercera B, que hace de eslabón intermedio:

$\begin{array}{l} A \longrightarrow B \\ B \longrightarrow C \\ \hline A \longrightarrow C \end{array}$	<i>(regla clásica del silogismo hipotético)</i>
---	---

Este esquema argumentativo contiene una forma lógica válida, pero, en muchas ocasiones suele encubrir *falacias*, una famosa es la de la pendiente resbaladiza. En su evaluación formal vemos que el argumento tiene un razonamiento correcto, pero, en la vertiente material de los significados nos damos cuenta de que incurre en una falacia:

$$\begin{array}{l} A \longrightarrow B \quad \text{“Pedro (A) se junta mucho con Manolo (B)”} \\ B \longrightarrow C \quad \text{“Manolo (B) se dedica a traficar con drogas (C)”} \\ \hline A \longrightarrow C \quad \text{“Pedro (A) es –presuntamente– un traficante (C)”} \end{array}$$

Esta conclusión la extraemos por una relación (B) con (A) en la que a (B) se le presumen unas cualidades por las interconexiones mutuas. En la práctica jurídica muchas veces actuamos así, los hechos en relación con el Derecho los interpretamos y argumentamos de esta forma, por inferencias inductivas de enunciados observacionales. En esta argumentación se está intentado avanzar en el conocimiento, sacando conclusiones por presunciones, incluso en muchas ocasiones la argumentación jurídica está tratando de transmitir convicción a partir de ellas, pero, quizás, se está extrayendo información de una inferencia ilegítima, por ello, el sistema articula en el Derecho un procedimiento de constatación procedimental como garantía.

En un proceso judicial, por ejemplo, se nos permite que podamos poner en cuestión los argumentos en procedimientos reglados de confrontación de argumentos, algo que se lleva a cabo diariamente en los procedimientos penales, civiles, laborales, administrativos, etc. Junto a los métodos de racionalidad evaluativa. Ambas garantías nos permiten comprobar o refutar las insuficiencias de los juicios indiciarios, normalmente guiados por presunciones que han de completarse en el juicio de contrastación que implica un procedimiento garantista.

En Derecho esto mismo ocurre en numerosas ocasiones, presumiendo como antecedentes las premisas indiciarias de las que se puede extraer una conclusión imprecisa. Con la lógica formal contemporánea, una de sus virtudes es que nos ayudan con los diferentes tipos de esquemas o patrones en la confección de argumentos, permite llevar a cabo un inventario de las formas o figuras abstractas de razonamiento, permitiendo así proceder a su análisis y clasificación. La lógica así entendida tiene por

objeto el análisis formal de los argumentos. Una de sus atracciones principales es su gran valor veritativo, pero, las ciencias no eminentemente formales como las jurídicas, aunque tengan tendencias analíticas y deductivas, necesitan ampliar sus perspectivas de conocimiento al terreno empírico de los hechos y de la ciencia experimental.

La *lógica formal* se interesa por la forma que pueda tener el argumento *—figura o forma lógica—*, sólo le interesarían los argumentos en la medida que tienen la misma estructura lógica de aquellos que ha reconocido como buenos argumentos, vaciados de todo su contenido, para hacer un inventario de todas las formas de argumentación con algún objetivo. El primero, se lo propuso Aristóteles y fue para distinguir las formas de razonamiento correctas de las incorrectas.

Uno de los argumentos conflictivo típico es el del *silogismo hipotético*:

1ª Premisa: “Todos los delfines son peces”

2ª Premisa: “Todos los peces son mamíferos”

Conclusión: “Todos los delfines son mamíferos”

Es un argumento en el que las dos premisas son falsas, pero, la conclusión es verdadera y la estructura es correcta, es un supuesto muy raro, en el que la biología, como la neurociencia u otras ciencias empíricas en sus campos propios de estudio son las que deben preocuparse de que las premisas sean verdaderas y se pueda proceder a generalizar sus experimentaciones como universalidades. Pero, si sus expresiones se expresan como máxima del tipo de este argumento el día que, por ejemplo, se encuentre un solo caso que no cumpla las premisas, conforme al *modus tollens* se desmonta la hipótesis afirmada en el enunciado silogístico.

Aparte de esta lógica formal existe una *lógica informal* que nos ayuda a evaluar los argumentos jurídicos, no sólo desde el inventario de su forma o estructura, sino, también, desde su contenido tratando de descubrir las falacias de la argumentación. Ésta nos ayuda a ver cuáles son buenas razones o malas, ver si incurrimos en falacias, es una forma de evaluar los argumentos valiosísima para una práctica jurídica tan vinculada a los contenidos materiales. La corrección formal reviste la comprensión específica de la

credibilidad y la aceptabilidad, pero, desde un punto de vista de los contenidos, necesitamos un paso más que es la corrección valorativa que suministra la evaluación de la estructura o forma lógica del argumento lógico sin abstracción de contenidos.

En las ciencias normativas solemos hablar de buenos argumentos, los estudios lógicos nos permiten justificar proposiciones, la consistencia de éstas, nos muestra la ausencia de contradicción entre los argumentos, de esta forma un conjunto de proposiciones, no son consistentes si se contradicen entre sí. En ocasiones, para armonizar la teoría con la realidad práctica tenemos que hacer ajustes tratando de conservar la consistencia. Desde el punto de vista lógico se puede testear la falsedad y la verdad de los argumentos si las reglas de inferencia determinan que se han seguido unos pasos correctos, así tenemos que poder decir que son argumentos lógicos. Desde este punto de vista de la lógica podemos encontrar un canon formal de racionalidad, pero, desde el punto de vista material necesitamos de otros elementos adicionales que pasamos a estudiar.

3.1.2 Material: *semántica*

En el orden de la clasificación básica anunciada, que estamos manejando para aproximarnos al estudio de la argumentación jurídica, nos interesa abordar el estudio de la perspectiva *material* del lenguaje. En terminología semiótica se relacionaría con la semántica y el estudio de los significados, es decir, la relación entre signos y lo que designan o referencian –su contenido significativo–. Para ser más precisos, en una concepción *material* de la argumentación jurídica los elementos de estudio que priman son:

“aquello que hace a los mismos verdaderos o correctos: los hechos naturales o institucionales a que se refieren esos enunciados,” *puesto que, la concepción material aborda* “el problema de en *qué* debemos creer o *qué* debemos hacer [...] explicar,

descubrir o predecir un acontecimiento, recomendar o justificar un curso de acción, etc.”²²⁰

A pesar de que se haya consolidado una distinción tan operativa entre las tres perspectivas la línea de demarcación no es tan nítida, pues el orden *sintáctico* afecta a la comprensión *semántica*. Al igual que el análisis de los usos del lenguaje, la *pragmática* es necesaria para tener una mejor comprensión del fenómeno lingüístico. Quedarse en un formalismo, sin tener en consideración los significados puede ser tan erróneo como reducir el estudio del lenguaje al de los significados o los usos del lenguaje, obviando la sintaxis del lenguaje.

La *semántica* ha estudiado las propiedades de las oraciones con toda una literatura en teoría del significado, las relaciones semánticas pueden alterarse cuando la misma oración se emite o profiere en contextos diferentes. Los análisis semánticos han de tener en consideración los contextos, los emisores y sus intenciones. Este posicionamiento referente a los significados se acentúa con Frege a partir de la controversia en teoría del significado alrededor del principio de contexto, que nos enseñó que no es lo mismo significar que nombrar. Posteriormente, autores tan significativos en la materia como Kripke y Putnam nos aportan debates productivos en la teoría de la referencia directa de los años 70s, donde se discutía que la referencia, siendo una relación entre el signo y el objeto, no venía mediada por ningún tipo de contenido descriptivo, es decir, el conocimiento del hablante no es suficiente, ni necesario, para explicar la referencia, que en la concepción de externalismo semántico estos autores, nos muestra que el entorno contribuye al significado.²²¹

Otros autores, por ejemplo, Quine, nos muestran los problemas de las definiciones, que suelen ser regresión de otras preexistentes siendo una labor del lexicográfico la de definir los conceptos; con Strawson se huye de la verdad o falsedad de las oraciones, algo heredero del tránsito producido en filosofía de la verdad demostrativa a la posibilidad, el significado es un asunto de reglas y convenciones que rigen el uso de la oración o la expresión. Otro ilustre estudioso del lenguaje y la

²²⁰ M. ATIENZA. (2013): *Curso de Argumentación jurídica*. Trotta, Madrid, p. 110.

²²¹ Cfr. S. KRIPKE. (1980): *Naming and Necessity*. Harvard University Press, Cambridge Massachusetts; H. PUTNAM. (1975): *Mind, Language and Reality*. Cambridge University Press.

comunicación, Grice, en la línea del auge pragmático del lenguaje centra el debate en la situación comunicativa en la que se usa el lenguaje: al hacerlo nos interesamos en el significado ocasional del hablante, pero éste se explica a partir de la intención que el hablante tiende a provocar en el *auditorio*. Ésta es una dimensión vital en la evolución de la filosofía del lenguaje que estudiaremos con mayor detalle cuando abordemos las aportaciones de la nueva retórica de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca.

3.1.3 Pragmáticas: dialéctica y retórica

Una sucinta aproximación a un fenómeno tan en auge desde la segunda mitad del siglo pasado, el de la *pragmática*, nos ayudará a situarnos mejor en la complejidad actual de los estudios en argumentación jurídica. En su visión histórica, la definición clásica de la *pragmática* la identificamos con una disciplina que estudia la relación entre los signos y sus usuarios. Esta definición fue introducida en la primera mitad del siglo XX por Charles W. Morris,²²² uno de los padres de esa división tan consolidada, que venimos manejando entre sintaxis, semántica y pragmática. El giro pragmático en filosofía del lenguaje no podría entenderse sin uno de sus máximos valedores, el Wittgenstein de las *Investigaciones filosóficas*, que rompió la idea de la filosofía analítica del lenguaje anterior, incluso de su propio atomismo lógico del *Tractatus*, el cual entendía que la proposición en su función representativa, informativa o constativa era la única figura con sentido capaz de representar la realidad –esta idea viene desarrollada en su teoría del isomorfismo entre el mundo y el lenguaje–. Es decir, la proposición expresada con el lenguaje es la transmisora del conocimiento objetivo del mundo exterior, proporcionado por la ciencia, independientemente de que seamos analíticos, fenomenólogos u optemos por teorías del conocimiento causales, internistas, externistas, etc.

Esta implantación de la pragmática del lenguaje introducida en el proceso histórico de la filosofía del lenguaje se incrementa con las aportaciones de otros muchos

²²² C.W. MORRIS. (1985): *Fundamentos de la teoría de los signos*. Trad. R. Grasa, Paidós, Barcelona.

autores interesados en lenguaje y la pragmática. Austin y Searle son imprescindibles; brevemente, del primero, no podríamos entender lo que vendrá después sin una revisión sucinta de sus categorías, su sorprendente y apreciadísima doctrina de los *actos de habla*,²²³ al enseñarnos, que con el lenguaje no solo hablamos, sino que al hablar realizamos acciones. Algo que pone en relación a los usuarios con el lenguaje que usan, una de las pretensiones principales de estudio de la visión pragmática del lenguaje, su categorización de *actos locutivos* y de *actos ilocutivos*, se complementa con una categoría estrella en pragmática lingüística, los *actos perlocutivos*, que permite hacer cosas con las palabras, dentro de las convenciones preestablecidas, algo que casa perfectamente con la comunicación en el Derecho práctico, que se da diciendo y haciendo cosas ante las instituciones. Searle llegaría a calificar esa doctrina de Austin como una teoría institucional de la comunicación.

Estos autores, estudiosos contrastados del lenguaje y la comunicación, fueron paladines que convulsionaron la segunda mitad del siglo pasado. Esos hitos aportados por el giro pragmático de la filosofía han tratado de asimilarlos sociólogos, juristas, lingüistas, epistemólogos, filósofos del lenguaje, de la mente, de la acción o de la conciencia, o del derecho o de la moral, etc. En el campo del Derecho destacaremos Alexy, en la filosofía práctica encontramos autores tan insignes como Apel o Habermas, en los que se despierta un gran interés por teorizar sobre los supuestos y las condiciones del discurso racional en perspectiva pragmática²²⁴. La dimensión *pragmática* en la argumentación jurídica supone un incremento del protagonismo de los actores:

“el orador, el proponente y el oponente en el *auditorio*; la intención o los objetivos que persiguen quienes desarrollan esa actividad: persuadir, resolver diferencias de opinión, etc.; o las reglas que establecen cómo han de comportarse los participantes en esa

²²³ J. AUSTIN. (1990): *Como hacer cosas con palabras*. Trad. G. Garrió y E. Rabossi, Paidós, Buenos Aires.

²²⁴ J. HABERMAS. (2008): “Ética del discurso. Notas para un programa de su fundamentación.” *Conciencia moral y acción comunicativa*. Trad. R. Cotarelo, Trotta, Madrid, pp. 53-119; J. HABERMAS. (1994): “¿Qué significa pragmática universal?” *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid. pp. 299-368; véase la disertación del giro pragmático en K. O. APEL. (1985): *La transformación de la filosofía*. Vol. I y II. Trad. A. Cortina, J. Chamorro, J. Conill, Taurus, Madrid.

actividad; qué tipos de actos lingüísticos, en qué ocasiones, etc., les está permitido o resulta obligatorio o prohibido ejecutar.”²²⁵

Lo que más nos interesará de esta dimensión de estudio será la relación del lenguaje con sus usuarios, entender las reglas de su uso sería uno de los objetos de estudio propios de esta disciplina. Los detalles de tal evolución se irán viendo en ejemplos prácticos evaluativos, para ver esa evolución de los dominios de análisis presentados para la argumentación jurídica a partir del juicio del jurista, acabaremos con una visión tan particular que reúne muchas de estas cualidades que reclamamos para la argumentación jurídica, esa utilidad la encontramos en la visión *pragmadialéctica*.

²²⁵ M. ATIENZA. (2013): *Curso de Argumentación jurídica. op. cit.*, p. 363.

3.2 Las tensiones del discurso práctico en la teoría de la argumentación

3.2.1 El discurso jurídico un caso especial de discurso práctico

El posicionamiento que adoptemos en las tradiciones vistas viene determinado por el modelo argumentativo al que nos acerquemos, la elección que hagamos marca la tensión en la racionalidad práctica, de la forma de abordar el análisis del discurso jurídico y sus efectos en la práctica jurídica. La *lógica* nos puede ayudar a analizar y evaluar los aspectos formales de los discursos prácticos en Derecho, nos interesa la validez del *producto* de la argumentación. Pero, los discursos prácticos en Derecho al analizarlos desde el prisma de la *dialéctica* nos inmiscuimos en un procedimiento racional en el que los interlocutores argumentan, un proceder que si lo encaramos desde la perspectiva *retórica* tratamos de ver los usos que damos al lenguaje para una persuasión eficaz. Estas tres artes clásicas –lógica, dialéctica y retórica– estudiadas en perspectiva del lenguaje y la comunicación han ostentado diferentes configuraciones y protagonismos a lo largo de la historia del pensamiento, traídas a colación conforme nos adentremos en las peculiaridades del discurso jurídico.

En cuanto a la relación del discurso práctico en general con el discurso jurídico en particular, Robert Alexy habla del discurso jurídico como:

“un caso especial del discurso práctico,” *que puede ser abordado de diferentes formas* “tales perspectivas pueden ser empíricas, analíticas o normativas.”²²⁶

En cambio, Habermas ha objetado que “los discursos jurídicos no constituyen casos especiales de las argumentaciones morales,”²²⁷ porque, aparte de que el Derecho ha de poseer justificaciones que encontramos en las razones morales, además, se requieren los argumentos *pragmáticos* y *éticos*.²²⁸ Los primeros –pragmáticos–, implican una

²²⁶ R. ALEXY. (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 34.

²²⁷ J. HABERMAS. (2010): *Facticidad y validez*. *op. cit.*, p. 306.

²²⁸ *Ibid.*, pp. 302-303.

“negociación de compromisos,”²²⁹ en los segundos –éticos–, se requiere una comprensión ético-política que necesitaría de una autocomprensión colectiva, lo cual incluiría las decisiones acerca de las tradiciones y valores comunes.²³⁰ Para Alexy la justificación moral del Derecho, que han de ostentar los discursos jurídicos, constituye un vínculo sistemáticamente necesario en el que se manifiesta la unidad substancial de la razón práctica.²³¹

Los discursos científicos en general han arrastrado la crisis de la analiticidad y el empirismo sufrido por la ciencia moderna, pasemos a ver el *por qué* de esta hipótesis.

3.2.2 De Kant a Quine por un empirismo sin dogmas en la argumentación neurocientífica

El análisis de la forma de argumentar en el discurso neurocientífico podemos ligarlo a las fluctuaciones que ha tenido el tema de la analiticidad a lo largo de la historia del pensamiento, más concretamente, en sus modernas versiones de corte cognitivo-ontológicas, puesto que mucho del quehacer científico actual, incluido el *neurocientífico*, se ha visto afectado de forma directa o indirecta por el tratamiento que se le ha dado a la analiticidad en la historia de la filosofía. Lo peculiar de esta forma de abordar el problema es que el discurso neurocientífico puede arrastrar parte de las crisis que sufrió la analiticidad y el positivismo lógico, en el propio proceso de configuración de la ciencia, mostrado desde el análisis filosófico. Este hecho ha sido brillantemente delineado, resaltando sus posibles defectos por Willard Quine, cuando formuló su famosa duda sobre el empirismo. Aprovechemos su análisis y preguntémonos en términos similares para nuestro propósito neurocientífico si el empirismo de la neurociencia actual pudiera vivir bajo algún tipo de dogma.

²²⁹ *Ibid.*, p. 173.

²³⁰ *Ibid.*, p. 173.

²³¹ R. ALEXY. (1999): “La tesis del caso especial.” Trad. I. Lifante, *Isegoría*, 21, 29.

La historia de la filosofía y muchos de sus debates se nutren en parte de esas problemáticas arrastrada en la epistemología y los métodos científicos que siguen latentes desde antiguo. Las versiones analíticas de la modernidad mostraron una atracción por los juicios con pretensiones cognitivas, marcando el devenir de la teoría de la epistemología y la teoría del conocimiento actual, que Quine en su artículo “*Dos dogmas del empirismo*”²³² expone bajo una sagaz crítica mostrando parte de los problemas endémicos que ya se planteaba Kant al inicio de *La Crítica de la razón pura* con la pregunta, “¿Cómo son posibles los juicios sintéticos a priori?”²³³.

¿Cómo es posible un conocimiento proveniente de la experiencia a priori? Curiosamente, los filósofos han tratado de formas muy variopintas ese sesgo de la analiticidad en los juicios, incluso se ha hablado de verdades contingentes a priori o verdades necesarias a posteriori (Kripke, 1980). Los juicios analíticos, entendidos como verdades a priori en cualquier mundo posible, tradicionalmente se han tratado de identificar con esa lógica clásica aristotélica, que se asimilaba con el principio de no contradicción y las tautologías, en un conocimiento que no avanzaba y al no hacerlo no conseguíamos explicar de forma certera, al contrario del conocimiento con la ciencia y la tecnología en la realidad social.

Ante todo este panorama Quine dirigirá sus críticas a esa distinción que nos puede ayudar a esclarecer puntos oscuros del empirismo neurocientífico, sobre todo cuando habla de que:

El primer dogma del empirismo consiste en la creencia de esa distinción fundamental entre verdades que son analíticas, basadas en significaciones con independencia de consideraciones fácticas, frente a verdades sintéticas basadas en los hechos. Entiende que mientras sigamos ignorando los factores que determinan la analiticidad, la distinción radical entre verdades analíticas y verdades sintéticas seguirá siendo un dogma metafísico.

²³² W. V. QUINE. (1985): “Dos dogmas del empirismo.” *Desde un punto de vista lógico*. 2ª ed. Trad. Manuel Sacristán, Orbis, Barcelona.

²³³ I. KANT. (1994): *Crítica de la razón pura*. 10ª ed. Trad. P. Ribas, Alfaguara, Madrid, p. 54.

El segundo dogma del empirismo para Quine nos prueba algo que sigue ocurriendo en la ciencia contemporánea y, por extensión, en la *neurociencia*, la tendencia al *reductivismo*, basado en la creencia de que todo enunciado que tenga sentido tiene una equivalente construcción lógica basada en términos a los que se refiere la experiencia inmediata. Un ejemplo típico son los intentos mostrados de reducir la teoría de la argumentación a una perspectiva de lógica formal, mediado por una racionalidad argumentativa ajena a la experiencia, impregnado ese intento de un cierto aro de positivismo jurídico. Si lo miramos desde el prisma del Derecho, se incurre en el error de obviar cuestiones de contenido. La peculiaridad quineana es su tendencia holista, que nos introduce en la idea de que:

“Nuestros enunciados acerca del mundo externo se someten como cuerpo total al tribunal de la experiencia sensible, y no individualmente [...] la totalidad de lo que llamamos nuestro conocimiento o creencias [...] es una fábrica construida por el hombre y que no está en contacto con la experiencia más que a lo largo de sus lados [...] un conflicto con la experiencia en la periferia da lugar a reajustes en el interior del campo: hay que redistribuir los valores veritativos entre algunos de nuestros enunciados.”²³⁴

La ciencia teórica ha tratado de vivir en la *analiticidad*, admirada por el conocimiento *a priori* de los juicios analíticos, su universalidad y necesidad, pero no es tan sencillo poder separar esa ciencia de los juicios sintéticos pues, por ejemplo, en física un insigne físico como Duhem nos dijo que:

“El experimentador cuando entra al laboratorio no puede dejar en la puerta la teoría que quiere probar, sin ella es imposible regular un simple instrumento o interpretar una sola lectura, pues, ésta le proporciona un aparato esquemático y abstracto.”²³⁵

Este planteamiento holista nos muestra una dinámica científica con una lógica interna en la que la teoría y la práctica se entrelazan singularmente, imposibilitando que los experimentos funcionen como pequeños reinos de taifas, completamente asilados de todo un aparato teórico. De hecho, el científico cuando acude al tribunal de la experiencia obligado a confiar en sus propias ideas teóricas o las de sus colegas, lo hace, aunque, sea como nos dice Duhem: “por un mero acto de fe.”²³⁶ El Derecho es una disciplina que

²³⁴ W. V. QUINE. (1985): “Dos dogmas del empirismo.” *op. cit.*, pp. 75-77.

²³⁵ P. DUHEM. (2003): *La teoría física: su objeto y su estructura*. Trad. María Pons, Heder, Barcelona, pp. 241-242.

²³⁶ *Ibid.*, pp. 241-242.

eminentemente identificamos en un sentido práctico, pero necesita de un aparato abstracto a partir del cual guiarse. Lo proporciona la racionalidad jurídica, que es una delimitación con personalidad propia de la razón práctica a la que debemos adherirle la facultad crítica.

Este planteamiento no quiere decir que en Derecho debamos distinguir de forma tan abrupta teoría de práctica. Por ejemplo, Adorno, Horkheimer y Habermas²³⁷ ya nos mostraron que la teoría es irremediablemente *praxis*, por lo que resulta tremendamente complicado separar ambos perfiles de estudio. No debemos construir compartimentos estancos entre las teorías más analíticas u ontológico-hermenéuticas en las que estudiamos el Derecho. Las dos líneas de estudio son fundamentales y necesarias en cualquier estudio que pretenda ser más exhaustivo y completo, pues nos permite adentrarnos en el Derecho de una forma más ancha de miras.

La atracción de las ciencias sociales por los instrumentos teóricos de las ciencias naturales sigue latente, desde antiguo, la lógica, la matemática, la estadística y la física matematizada se situaron en pedestales de mármol. Pero un observador que pretende describir la racionalidad del mundo –teórico y científico contemporáneo– cuando observa los fenómenos del mundo trata de extraer reglas, normatividades y lo que interpreta como universalidades de su funcionamiento. Los métodos silogístico y heurístico no terminan de arrinconarse, ni el fenomenológico en el ahora giro hermenéutico de la filosofía.

Para concluir por lo que se refiere al inciso que hemos hecho con Quine, su visión de la analiticidad y las aportaciones del holismo semántico que traemos a colación en la teoría de la argumentación jurídica nos ayudan a trazar una visión más amplia de los mismos problemas que el empirismo clásico arrastró y hereda el neurocientífico, al apuntarnos que el grueso de nuestras creencias son actitudes proposicionales, y que la mayor parte de ellas toman la forma proposicional “*yo creo que*”. A partir de Frege y el principio de contexto se considera que un término no tiene significado más que en el contexto de una proposición, y debido a que las creencias epistémicas vienen articuladas proposicionalmente, resulta imposible contar con creencias aisladas. Esto mismo ocurre

²³⁷ Cfr., por ejemplo, Th. W. ADORNO. (1993): "Notas marginales sobre teoría y praxis," en Consignas, Amorrotu, Buenos Aires; Th. ADORNO. (1986): *Dialéctica negativa*. Madrid, Taurus; J. HABERMAS. (2008): *Teoría y praxis*. Tecnos, Madrid.

en el Derecho: no podemos saber, por ejemplo, qué es doctrinalmente un agravante de ensañamiento en un delito de asesinato sin conocer otros términos del derecho penal. Las ideas, creencias y valores que maneja subjetivamente el intérprete, son elementos preconstitutivos de nuestra comprensión del Derecho, que debemos desplegar al experimentar y realizar nuestra actividad profesional.

En muchas ocasiones las ciencias empíricas dan por seguro muchos de los bagajes anteriores utilizándolos, instrumentalmente. Es precisamente lo que hacemos en nuestra investigación acercarnos u alejarnos implícita o explícitamente a sus bagajes, tomar alguna parte de las que pueda aprovechar su autoridad en su uso instrumental. Es decir, aprovechar los sentidos especulativos que nos interesan de esa tradición transmitida frente a los sentidos originarios, que la hermenéutica nos ha enseñado que ya no podemos volver a interpretar tal y como fueron. La imaginación reinterpretativa es una cualidad que inspira a los nuevos virajes interdisciplinares, fusionando horizontes de sentido. Las neurociencias actuales parecen haberse configurado en una especie de epicentro onto-semántico que centrifuga otras muchas disciplinas que tuvieron y tienen gran peso específico en la tradición. Pero si analizamos la sinonimia en las definiciones de los conceptos clave del Derecho, nos da la medida de la importancia de la tradición en la que nos situamos para la interpretación ya que estas definiciones suelen caer en una regresión de significados, algo similar ocurre en neurociencia, al descansar en otras pre-existentes.²³⁸

El tema de la definición y la interpretación, tanto en neurociencia, como en Derecho es tremendamente sugestivo pues, en este último ámbito, por ejemplo, encontramos muchas interpretaciones abiertas, vaguedades, contradicciones, objeciones o interpretaciones por analogía, para cuyo abordamiento hemos de seguir profundizando en la teoría de la argumentación.

²³⁸ El lexicográfico define a partir de usos pre-existentes, éstos nos remiten a otros sin evitar la regresión, por lo que, para Quine como ya había apuntado Frege con sus luceros del alba y de la tarde respecto a Venus, no es lo mismo nombrar que significar, la literatura en teoría del significado es abundantísima.

3.2.3 La racionalidad lógica en la argumentación jurídica

La *lógica* nos puede ayudar a analizar y evaluar los aspectos formales de los argumentos, es decir, describir y reconstruirlos desde su forma o estructura lógica aportando criterios de corrección formal. Lo que le interesa a esta perspectiva de estudio son las condiciones para que ese razonamiento sea válido. Desde la *lógica formal* vimos que el análisis se focaliza en su estructura o forma, los modelos, las reglas de inferencia, etc., pero, desde una *lógica informal*, también abordamos la relación de todos esos elementos con los contenidos para encontrar falacias, aportando criterios de validez material a la argumentación, en otra forma de abordar la validez argumentativa del Derecho

La *lógica* en el Derecho merece un inciso por su especificidad, como disciplina empieza a introducirse de forma más metódica y sistemática a principios de los años 50s, produciéndose algunos intentos de construir una lógica especial para las normas. Estos primeros intentos vienen de la mano de autores como Klug con su *Juristiesche Logik*,²³⁹ Edward H. Levi con *An Introduction to legal reasoning*²⁴⁰ o Von Wright con *Deontic logic*,²⁴¹ autores conocidos que entendieron la lógica jurídica como un saber deontológico de las normas.

Una clasificación de los tipos de razonamientos y argumentos utilizados en la lógica jurídica nos la da el profesor Atienza:

“los argumentos *especiales* de la lógica jurídica: el razonamiento por analogía, el razonamiento *a contrario*, el argumento *a fortiori* –*argumentum a maiore ad minus* y *argumentum a minore ad maius*– el argumento *ad absurdum* y los argumentos interpretativos.”²⁴²

²³⁹ Cfr. U. KLUNG. (1961): *Lógica jurídica*. Trad. J.D. García Bacca, Sucre, Caracas.

²⁴⁰ Cfr. E. H. LEVI. (1964): *Introducción al razonamiento jurídico*. Trad. y notas de Carrió, G. R., Eudeba, Buenos Aires.

²⁴¹ Cfr. G. H. VON WRIGHT. (1951): “Deontic Logic.” *Oxford University Press*, 60, 237, 1-15.

²⁴² M. ATIENZA. (1986): *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Civitas, Madrid, p. 73.

Una reacción contraria a esta intención de conducir el Derecho a la lógica deontológica la encontramos, en otros autores también significativo en el mundo de la argumentación con reacciones diferentes desde las que:

“resuelven la lógica jurídica en la teoría de la argumentación: la tópica –Viehweg–²⁴³ la nueva retórica –Perelman–²⁴⁴ etc...²⁴⁵ para sus defensores lo esencial es establecer un procedimiento heurístico dirigido a establecer y reformular premisas.²⁴⁶

Los problemas en argumentación jurídica son los mismos que los sufridos por una argumentación en general que pudiera enfocarse exclusivamente en la perspectiva lógica centrada en la justificación interna de los argumentos. Por ello, surgieron posteriores intentos de intermediación entre las posiciones formales y materiales, por ejemplo, en la *Tópica*, pero estos intentos tampoco han quedado exentos de críticas, pues contienen limitaciones para ver el papel externo que juega la ley, la dogmática y el precedente, quedándose en un sustrato de gran generalidad o en la superficialidad de los argumentos estandarizados, sin criterios para utilizarlos o jerarquizarlos.²⁴⁷

La argumentación jurídica evaluada desde esta perspectiva lógica aporta una *justificación interna*, es decir, una corrección formal conforme a las reglas lógicas, comprobando si las inferencias entre las premisas y las conclusiones responden a un esquema lógico del tipo deductivo, inductivo o abductivo, etc. La profesora Eveline Feteris al estudiar la teoría de la argumentación jurídica, puntualiza esta pretensión diciéndonos que:

“Aunque la validez lógica es una condición necesaria para la racionalidad de la argumentación jurídica, no es una condición suficiente. Para establecer la aceptabilidad de la argumentación jurídica se requieren normas materiales de aceptabilidad, además del criterio lógico de validez.”²⁴⁸

²⁴³ Cfr. Th. VIEHWEG. (1964): *Tópica y jurisprudencia*. Trad. L. Díez-Picazo, Taurus, Madrid.

²⁴⁴ Cfr. Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA. (1989): *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*. 5ª ed., Trad. Julia Sevilla Muñoz, Ed. Gredos, Madrid.

²⁴⁵ M. ATIENZA. (1986): *Sobre la analogía en el Derecho*. op. cit., p. 72, ref. N. BOBBIO y A. G. CONTE. (1965): *Derecho y lógica. Bibliografía de lógica jurídica (1936-1960)*. Trad. Alejandro Rossi, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 96.

²⁴⁷ M. ATIENZA. (2005): *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. Instituto de Investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., pp. 40-41.

²⁴⁸ E. FETERIS. (2007): *Fundamentos de la Argumentación Jurídica*. op., cit, p. 179.

Ello es debido a que la validez lógico-formal sólo se fija en el inventario de las formas lógicas, cuando vamos a la perspectiva material necesitamos una comprobación de las premisas, es decir, que sean verdaderas o falsas para extraer nuestras conclusiones, y para ello, necesitamos recurrir al juicio de la experiencia. Además, cuando detectamos anomalías estructurales o engañosas, desde el punto de vista material podemos estar ante *falacias*. En el juicio de validez racional de los argumentos en Derecho no sólo debemos centrarnos en el punto de vista de la *justificación interna*, proporcionado por la lógica formal, sino que se requiere, también, desde el terreno de la *justificación externa*, abordar las cuestiones sobre la evaluación de los argumentos desde un punto de vista de los contenidos, es decir, desde la verdad, la razonabilidad o la admisibilidad.

El problema latente en el juicio interpretativo del Derecho es el de la verdad en epistemología y teoría del conocimiento, y la razonabilidad y admisibilidad desde el subjetivismo de la vida práctica. Por ello, el sistema se suele sustentar en las pruebas o razones suficientes, convencionalmente aceptables. Es decir, legal o deontológicamente reguladas conforme a los usos y prácticas comunes del lugar, que representan una *medida razonable* de esa compleja y subjetiva admisibilidad de un observador medio: primero, socialmente inserto en el ámbito de la interpretación común del sujeto no especializado en el Derecho; segundo, en los criterios observados para el argumentador técnico o especialista del Derecho al que se le requiere un alto grado de especialización y sofisticación, que asimilamos a las exigencias de conocimientos previos y a la formulación técnica de sus expresiones, debido sobre todo a las grandes implicaciones y responsabilidades sociales de sus actos prácticos en Derecho.

3.2.4 Un ejemplo evaluativo en la jurisdicción penal

Para ver la utilidad de esta lógica formal e informal en el Derecho, pasemos a formalizar un argumento bajo la forma de un razonamiento deductivo relativo a un caso ficticio de la presunta comisión de un delito penal. Así veremos un modelo de evaluación de argumentos jurídicos que nos puede dar pistas de la necesidad de una justificación interna y externa de los razonamientos en Derecho. Para ello, analizaremos cómo se

formulan las premisas y la conclusión, sus reglas lógicas de inferencias, evaluando y tratando de detectar posibles deficiencias y falacias de un sistema de razonamiento bastante habitual en el Derecho:

- (1) Conforme al artículo 368 del Código Penal español, describe normativamente un tipo de acción a la que aparece unas consecuencias jurídicas. Ante el presupuesto de hecho:

“Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, *–les vendrá aparejadas unas consecuencias jurídicas, es decir,–* serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.”

- (2) Del *sujeto A* ha sido probado que cultivaba sustancias prohibidas cannabis con el ánimo doloso de traficar conforme a las evidencias empíricas obrantes en autos, que se demostraron en un procedimiento judicial, garantista y de intercambio de argumentos con pretensiones en Derecho.

- (3) *Por lo tanto*, el *sujeto A* debe ser castigado con la pena de prisión de [...]

Al formalizar el argumento bajo una regla deductiva básica, la del *modus ponens*, la forma lógica resultante podría ser:

A	→	B	(A)	“el acto de cultivar para comerciar	(B)	está penado con la pena de prisión de [...]
A			(A)	“se ha realizado un acto de cultivar con el fin de comerciar”		
<hr/>						
B			(B)	“ha de imponerse una pena de prisión de [...]		

Estamos ante un argumento deductivo con una forma lógica válida que en la concepción lógico-formal clásica significa que, sí las premisas son verdaderas, la conclusión, necesariamente, ha de ser verdadera. Pero, en Derecho su aplicación no es tan sencilla, no podemos quedarnos tan solo en un inventario de las formas abstraídas del contenido. En el Derecho estamos ante la dificultad de que un tercero juzgador pueda

conocer la verdadera intencionalidad del investigado, si ésta no es mediada por una confesión. En nuestro sistema penal los principios, acusatorio y de la presunción de inocencia (art. 24 CE), obligan a que la culpabilidad ante el juzgador haya de ser probada por las autoridades públicas actuantes o terceros legitimados, que necesitarán acudir a hechos y razones del mundo empírico. La resolución ha de ser inferida de los hechos y los puntos de vista presentados en la dialéctica de las argumentaciones, en el seno de un procedimiento penal donde contraponen sus pretensiones los intervinientes, entre ellos las acusaciones u otros intereses legítimos, y la posición de la defensa que mantiene la presunción de inocencia si no ha mediado una confesión, que pudiera tener otras pretensiones instrumentales en Derecho.

Además, como la premisa (1) es normativa, necesita de la (2) fáctica para llevar a la conclusión (3) que lleva implícitas consecuencias fácticas y normativas, esa contrastación en el mundo empírico puede llevar otras muchas consideraciones implícitas, afectando la interpretación que de ellas se hace y la relevancia que toman en el mundo de las consecuencias jurídicas. Todas esas y otras muchas cuestiones son factores concurrentes que perfilan, cambian y mutan las consideraciones técnicas recogidas en la doctrina jurisprudencial penal, que es la que dinamiza el vigor de la tendencia inductiva de un procedimiento penal, en el que se ha de proceder a una comprobación de hechos y a un juicio de culpabilidad demostrativo. La generalización de los casos particulares para que sirvan de precedentes a otros intérpretes determinan una jurisprudencia y una interpretación de matices que, verificados en el mundo empírico por el juzgador del caso particular, son motivos para su convicción de culpabilidad o inocencia, que al proceder del mundo físico suele inducir a errores.

Si la aplicación del Derecho fuera posible reducirla a razonamientos *deductivos* o *inductivos*, o a la generalización del *silogismo judicial*, podríamos diseñar mecanismos formales desde los que deducir verdades lógicas incuestionables o inducir universalidades reconocibles, ante las que habría poco margen de objeción o discrecionalidad en la aplicación del Derecho. En el ejemplo que hemos visto un *argumento formal*, que utiliza la deducción, nos muestra que desde el plano formal el argumento es válido, pero como lleva implícitas premisas con carga empírica, la carga inductiva de la observación en el plano de la comprobación de los significados nos puede inducir al error. La tarea de

evaluación es tratar de desvelar esas deficiencias del sistema acogiéndonos a algún tipo de criterio evaluativo de los argumentos.

Además, resulta tremendamente difícil tratar de sustentar una teoría de la racionalidad argumentativa del Derecho en enunciados puramente formales. En el Derecho operamos casi siempre por medio de la regla de inferencia inductiva, muchas veces como si estuviéramos en conversaciones informales, donde se intenta persuadir sobre algo simultáneamente tratando de convencer con razones. Las características lógicas que generalmente solemos identificar en los argumentos deductivos e inductivos son:

Argumento Deductivo

Argumento Inductivo

- | | |
|--|---|
| (1) Garantiza sus conclusiones | (1) <i>No</i> garantiza sus conclusiones, las tornan razonables o probables |
| (2) Establecida la verdad de las premisas, <i>no</i> ha lugar a <i>dudar</i> de la <i>conclusión</i> | (2) Se puede <i>dudar</i> de la <i>conclusión</i> |
| (3) Las <i>inferencias</i> son <i>fiabes</i> : en principio, elimina todo riesgo de error | (3) Limitación: las <i>inferencias</i> <i>no</i> son <i>fiabes</i> ; no se elimina la posibilidad de error |
| (4) Limitación: <i>no puede llevarnos más allá</i> de lo que sabemos (no ampliativas) | (4) En principio, <i>puede llevarnos más allá</i> de lo que sabemos |
| (5) <i>Crítica</i> : ¿son válidos? | (5) <i>Crítica</i> : ¿Cuántas dudas nos plantean? ¿Cuán dudosa es la inferencia? |
| (6) <i>Malentendido</i> : rasgo no distintivo pues pasa de premisas generales a particulares | (6) <i>Malentendido</i> : rasgo no distintivo pues pasa de premisas particulares a premisas generales |
| (7) Las <i>palabras indicadores</i> : ciertamente, necesariamente, con toda seguridad, etc. | (7) Las palabras indicadores: probablemente, con toda probabilidad, las posibilidades son, es razonable suponer que, etc. |

En el supuesto penal mencionado vemos los límites de la lógica para el razonamiento jurídico puesto que al tratar de aplicar el *silogismo judicial* observamos una clara insuficiencia para una aplicación correcta del Derecho. Por ejemplo, a pesar de que la descripción de la acción típica del precepto penal estudiado es clara: resumido en “cultivar para facilitar el consumo ilegal” en el plano interpretativo de los significados cultivar y facilitar tiene amplios significados. Vimos los problemas en teoría del significado, respecto a las sinonimias y la labor del lexicográfico que podía incurrir en una regresión al tratar de definir unos conceptos apoyados en otros que requieren de un mismo proceso. Además, adherimos los problemas de los diversos contextos posibles en los que pueden interpretarse los términos. Por estos motivos y otros que nos hemos dejado en el tintero, la interpretación de los hechos depende de muchos de esos factores, además de algo mucho más complejo de determinar por un tercero que interpreta por presunciones, la intención subjetiva del investigado que no ha confesado.

La interpretación de que la intencionalidad deriva de los hechos es una de las labores más complejas para el juzgador en la práctica judicial, ya que ha de tratar de dilucidar un juicio de culpabilidad relativo a la intencionalidad del sujeto enjuiciado, algo extremadamente complejo cuando no ha mediado una confesión previa y debemos realizarlo por presunciones inferidas del material probatorio. Además, otro hándicap radica en que las descripciones normativas de las conductas típicas recogidas en los preceptos suelen ser tan generales que producen vaguedades interpretativas de sus términos, puede ser: “cultivar para,” por ejemplo, el autoconsumo, la ornamentación, el uso manufacturero, la alimentación de animales, el uso en un club de fumadores o incluso un uso legal regulado; o el significado de “facilitar para consumo ilegal.” La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su interpretación de los casos particulares que le llegan para sentar precedente, asienta un criterio doctrinal que vincula en su criterio general a los demás tribunales inferiores. En ese sentido el tráfico lo ha interpretado con un tráfico mercantil que requiere de un intercambio comercial de producto ilícito a cambio de una retribución o compensación.

La experiencia empírica se puede, además, reforzar en un procedimiento penal que ha de ser acusatorio por la incautación de objetos utilizados para dicho fin ilícito: balanzas, listados de deudores, grandes cantidades de dinero o, en fracciones pequeñas,

que se pueden presumir provenientes del menudeo. La evidencia empírica de estos objetos obrantes en autos puede corroborar las presunciones y dar razones suficientes en la interpretación de esos hechos en relación a los preceptos jurídicos, decantando la convicción futura del juzgador para romper la presunción de inocencia. Pero estos acontecimientos del mundo empírico son interpretables, por ello, las sentencias requieren de motivación.

Al análisis de la argumentación jurídica de las resoluciones jurídicas y los procedimientos precedentes de sus profesionales intervinientes, que conforma un procedimiento penal, podemos aplicarle para su justificación, por un lado, un método *positivo* para ver la construcción de las cadenas de razonamiento de las argumentaciones jurídicas empleados en un procedimiento judicial; por otro lado, dotarnos de un método *negativo* para detectar y determinar la invalidez de los argumentos. La invalidez de un argumento viene determinada tanto por aspectos formales y materiales, pero, también, hemos de dar cabida a los aspectos psicológicos, mentales o valorativos del juzgador y de los sujetos intervinientes en el procedimiento. Por ejemplo, una peculiar es una de las que introduce el neuroderecho relativa a la intencionalidad que nos aportan las máquinas de verdad o polígrafos, que generan tanta expectación como escepticismo.

Todos éstos son fenómenos que vienen dándose en la realidad del quehacer práctico del Derecho, muchos de ellos difíciles de estandarizar, por ello, quedémonos con el proceso de racionalidad crítico-argumentativa de hallar contra-argumentos o sacar a la luz las disfunciones del sistema judicial. Pero, también, quedémonos con los usos retóricos falaces en los que puede incurrirse al argumentar, entre ellos, por ejemplo, los argumentos con apelaciones a las emociones y los sentimientos, algo que ocurre con frecuencia, cuando los juristas utilizan en sus discursos orales o escritos argumentos dudosos como los *ad misericordiam*, *ad baculum* o *ad verecundiam*, etc., que veremos en epígrafes posteriores. Ahora, pasemos a estudiar previamente otro tipo de racionalidad argumentativa en Derecho, de sesgo normativo-racional.

3.3 La perspectiva normativo-racional en la argumentación jurídica: *Robert Alexy*

Cuando nos proponemos hablar de argumentación y racionalidad jurídica en ese intento nada fácil por dilucidar criterios de validez en clave normativa y pragmática, hemos de volver a referirnos al jurista y filósofo alemán Robert Alexy, uno de los principales exponentes de estas líneas de racionalidad jurídica, cuyas aportaciones bien valdrían un estudio pormenorizado, pero, por las exigencias del formato nos limitaremos a extraer a modo de síntesis algunas utilidades de su pensamiento sirviéndonos del valor de sus aportaciones. En esa línea cuatro de sus contribuciones más importantes son: la tesis de la argumentación jurídica como un caso especial de discurso práctico; su distinción de los principios como mandatos de optimización frente a las reglas; su estudio del concepto de validez del Derecho; y su conocida y tan influyente teoría sobre la ponderación.

Este filósofo y jurista tuvo una contribución reconocidísima en los ámbitos académicos, primero en su Alemania natal y luego rápidamente extendida con una gran repercusión internacional, que toman fuerza a partir de la década de los años 70s, suponiendo un enfoque renovado ante los grandes referentes anteriores en teoría de la argumentación de los años 50s. Por nombrar algunos de los principales referentes anteriores que han marcado este debate: destacar Perelman con la *Nueva retórica*²⁴⁹ y Toulmin con los *Usos de la argumentación*,²⁵⁰ y en ámbito de la argumentación jurídica Viehweg con su *Tópica y jurisprudencia*.²⁵¹ Este último autor tuvo una gran influencia y numerosos sucesores en las décadas posteriores como O. Ballweg²⁵², W.

²⁴⁹ Cfr. Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA. (1989): *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*. 5ª ed., Trad. Julia Sevilla Muñoz, Ed. Gredos, Madrid, publicado en (1958): *Traité de L'Argumentation. La Nouvelle Rhétorique*. Paris, PUF, 2 vols. 2.ª ed., Bruselas, Editions de L'Université de Bruxelles.

²⁵⁰ Cfr. S. E. TOULMIN. (2007): *Los usos de la argumentación*. Trad. María Morrás y Victoria Pineda, Ed., Península, Barcelona, publicado en (1958): *The Uses of Argument*. Cambridge University Press.

²⁵¹ Cfr. Th. VIEHWEG. (2007): *Tópica y jurisprudencia*. Prólogo de E. García de Enterría y Trad., de L. Díez-Picazo, Thomson-Civitas, Madrid, publicado en (1953): *Topik und jurisprudenz*. C. H. Becksche, München.

²⁵² Cfr. O. BALLWEG. (1970): *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*. Basel, Helbing-Lichtenhahn.

Schreckenberger²⁵³, H. Rodingen²⁵⁴, T. Seibert²⁵⁵ o F. Half²⁵⁶ entre los más destacados. Estos autores quisieron seguir esa senda de ebullición generada por el giro pragmático del lenguaje, colocando en un segundo plano los focos clásicos de la semántica y sintáctica del lenguaje, tan estudiados hasta este giro pragmático del lenguaje, y la comunicación a partir de cuyas influencias analíticas también trabajó Alexy, a pesar de que su filosofía del Derecho haya sido tildada con gran consenso por los expertos de no-positivista.²⁵⁷ Lo que nos interesa destacar de la virtualidad que envuelve la obra de Alexy, sin perder de vista a los grandes referentes teóricos de la argumentación, es algo que siempre ha generado enormes réditos en la historia de la filosofía, es decir, el ser capaz de aunar de forma perspicaz varias tradiciones en una gran doctrina sintetizadora. Esa fue una parte sustanciosa de su proyecto intelectual, basado en una encomiable labor que toma la inspiración, por un lado, de los nuevos progresos en filosofía analítica del lenguaje y, por otro, de esa razón normativa pragmática de tradición crítica que sintetiza muchos de sus réditos en su elaborada teoría de la argumentación jurídica.

Se le ha etiquetado a Alexy, no sin debate al respecto, de “neoconstitucionalismo” o incluso de “postpositivismo constitucionalista,”²⁵⁸ lo que sí es, desde su acercamiento al racionalismo discursivo frankfurtiano es antipositivista. Tanto la una como la otra suponen concepciones iusfilosóficas que pretenden acercar el Derecho a la justificación moral. Esta mirada hacia el pensamiento moral es uno de sus enfoques que más nos interesan rescatar, el de tratar de superar esa concepción simplista del Derecho del

²⁵³ Cfr. W. SCHRECKENBERGER. (1978): *Rhetorische Semiotik. Analysen von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts*. Alber, Freiburg-München.

²⁵⁴ Cfr. H. RODINGEN. (1977): *Pragmatik der juristischen Argumentation: was Gesetze anrichten und was rechtens ist*. Alber, Freiburg-München.

²⁵⁵ Cfr. T. SEIBERT. (1980): “Juristische Topik. Ein Beispiel für die argumentative Wechselbeziehung zwischen Situation und Fall, Regel und Ausnahme”. *Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik*. Göttingen, 10, 169-177.

²⁵⁶ Cfr. F. HALF. (1985): *Juristische Rhetorik*. Alber, Freiburg-München.

²⁵⁷ M. BOROWSKI. (2011): “Discourse, Principles, and the Problem of Law and Morality: Robert Alexy's Three Main Works.” *Jurisprudence* 2, (2), 575-595; M. KLATT. (2012): *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford University Press. p. 1.; G. PAVLAKOS. (2013): *Derecho, derechos y discurso. La filosofía jurídica de Robert Alexy*. Universidad Externado de Colombia. p. 13; A. NAVA. (2015): *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*. Anthropos/Siglo XXI, p. 18.

²⁵⁸ M. ATIENZA. (2014): “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del postpositivismo jurídico.” *Revista argentina de Teoría jurídica*, Universidad Torcuato di Tella, Buenos Aires, 194-222.

positivista estricto, que lo consideraba como un mero sistema normativo-coercitivo. En cambio, una de las grandes aportaciones de su visión del Derecho se da en esa voluntad de articular un plano justificativo-valorativo con capacidad suficiente para justificarse desde sí mismo y su propia racionalidad, inspirado en las innovaciones de las tradiciones pragmáticas y discursivas de la filosofía práctica, que tan fuertemente han proliferado y arraigado en el panorama filosófico internacional, desde una tradición crítica alemana que marida de una forma peculiar con el formalismo trascendental postkantiano y la pragmática wittgensteiniana, tendencias filosóficas que nos aportan reglas universales de la comunicación.

Esa vertiente, tan genuina de las tradiciones filosóficas con tanta autoridad sirven de puente con el Derecho para que podamos:

“comprender necesariamente tanto una dimensión real o fáctica como una dimensión ideal o crítica. El aspecto fáctico se refleja en los elementos definitorios de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social, y el ideal en el de la corrección moral.”²⁵⁹

Esa dualidad operativa y necesaria del Derecho en la que, por un lado, se ha entendido como un sistema coercitivo autónomo y autosuficiente, idea que trae una fuerte raíz en el positivismo predecesor, se ha de completar, por otro lado, con la necesidad de ampliar el Derecho al requerimiento de un pensamiento moral justificativo que entronca, perfectamente, con la articulación del proyecto filosófico de Alexy, el cual trata de encontrar una corrección del discurso procedimentalmente:

“la corrección de una proposición normativa depende de que la proposición sea o pueda ser el resultado de un determinado procedimiento” y *ese procedimiento discursivo, entiende Alexy que se define* “mediante un sistema de reglas discursivas que expresan las condiciones de la argumentación práctica racional.”²⁶⁰

De hecho, en su doble haz de filósofo y jurista, en la vertiente más filosófica las reglas de la racionalidad práctica le permiten superar los límites del positivismo estricto, que puede amparar situaciones injustas, suministrando una validez adicional que complete sus deficiencias. Entiende el autor que existe una concomitancia mutua entre

²⁵⁹ R. ALEXY. (2009): “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho.” Trad. A. D. Oliver-Lalana, *Doxa*, Universidad de Alicante, 32, p. 68.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 72.

ambos sistemas, pues la mera conciencia de una corrección racional no garantiza su aplicación sin el soporte de un sistema coercitivo, que previamente haya sido validado por una justificación moral. Por otra parte, su vertiente de jurista le lleva a entender que la justificación moral requiere de la positivación:

“el derecho tiene que organizarse a través del derecho. Así pues, la tesis de la doble naturaleza conduce primero hasta la idealidad, en forma de corrección y discurso, y después hasta la facticidad, en forma de legalidad y eficacia.”²⁶¹

La ansiada conexión entre el derecho y la moral requiere de lo que Alexy denomina la *institucionalización de la razón*,²⁶² un movimiento esencial en su doctrina que viene caracterizado por cuatro momentos:

1. El reconocimiento de un *límite externo o último del Derecho*, este momento racional nos pone en alerta de los peligros de un derecho sin moral. Alexy lo visualiza comparando sus dos polos extremos que sitúa en un lado la famosa fórmula de Kelsen:

“cualquier contenido puede ser Derecho [...] con arreglo al Derecho de los Estados totalitarios, el gobierno está facultado para confinar a las personas de convicciones, religión o raza indeseadas en campos de concentración, para obligarlas a realizar cualquier tipo de trabajo, y hasta para matarlas.”²⁶³

En el otro extremo del polo sitúa la fórmula abreviada con la que Radbruch hizo fortuna: “la injusticia extrema no es Derecho.”²⁶⁴ Para Alexy el problema radica en que como no existe una coincidencia plena entre el derecho y la moral, sólo al traspasar el umbral de la *injusticia extrema* es cuando se reacciona, igual tarde; la prueba la tenemos en que eso mismo ocurrió con los totalitarismos, y a pesar de que los ordenamientos contemplaban Tribunales que pudieran anular las leyes injustas, cuando las dinámicas políticas de dudosa moralidad dominan la jurídica, el Derecho pierde parte de su sentido, por ello se necesita de la validez

²⁶¹ *Ibid.*, p. 76.

²⁶² *Ibid.*, pp. 76 y ss.

²⁶³ Cfr. H. KELSEN, (1998): *Teoría pura del Derecho*. Trad. R. J. Vernengo, Porrúa, México, p. 205.

²⁶⁴ Cfr. R. ALEXY, (2001): “Una defensa de la fórmula de Radbruch.” Trad. J. A. Seoane, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 5, pp. 75 y ss.

moral. En esa línea Dworkin nos dice que, “los argumentos morales forman parte de las condiciones de corrección de las afirmaciones jurídicas.”²⁶⁵

2. El otro elemento esencial a tener en cuenta en ese proceso de institucionalización de la razón es el *constitucionalismo democrático*, que viene positivado por los textos de máximo rango institucional en los Estados Democráticos. Estos textos son compiladores de los grandes logros y valores morales de esa sociedad, que nos aporta la base de:

“los derechos fundamentales [que] son derechos que han sido recogidos en una Constitución con el propósito de positivizar los derechos humanos, [éstos] son derechos morales de índole universal.”²⁶⁶

Dentro de ese orden constitucional, encontramos, un sistema democrático, en el que se da una “representación argumentativa de los ciudadanos,”²⁶⁷ por parte de los Tribunales que protegen esos derechos.

3. El tercer elemento esencial en la institucionalización de la razón es la *argumentación jurídica* ya que, como técnica para entender la validez de los discursos jurídicos, asegura la pretensión de corrección de los resortes constitucionales institucionalizados, gracias a la apertura de la estructura positivizada autoritaria a la justificación obtenida por la razón práctica.
4. Su teoría de los *principios* es la que termina de completar la institucionalización de la razón, entendidos éstos como mandatos de optimización que se distinguen en el sistema de fuentes de las *reglas* – normas jurídicas que se aplican por subsunción–, frente a los principios que lo hacen en la visión de Alexy por *ponderación*, bajo unas reglas básicas como la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad.

²⁶⁵ Cfr. R. DWORKIN. (2006): *Justice in Robes*. Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press. 2.

²⁶⁶ *Ibid.*, R. ALEXY. (2009): “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho.” *op. cit.*, p. 7, en este texto el autor referencia el artículo R. ALEXY. (2003): “Los derechos fundamentales.” *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. C. Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 28.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 80.

La argumentación jurídica contemporánea viene marcada por muchos de estos retos emprendidos por Alexy, cuyas aportaciones nos suministran algunas herramientas interesantes. En una de sus obras claves *Teoría de la Argumentación Jurídica*, ofrece un punto de inflexión para el dominio de aquellos modelos de argumentación jurídica que buscan una base racional para el discurso práctico, aportándonos su conocida *tabla* de reglas y formas para el discurso práctico, en general, y para el discurso jurídico en particular.²⁶⁸

Sus tesis tampoco están exentas de algunas de las problemáticas arrastradas en filosofía. Su vocación normativa y racionalizadora pretende enfrentar el inconveniente de fundamentación del *Trilema de Münchhausen*,²⁶⁹ aquel que suponía caer en una regresión de unas proposiciones en otras, buscando desde sí mismo su fundamentación, como aquel barón que pretende salir del lodo tirándose de sí mismo. La solución que encuentra para el discurso práctico jurídico se plasma en la necesidad de un “análisis de la estructura lógica de las fundamentaciones [...] ligada a la pretensión de corrección.”²⁷⁰ Lo cual encuentra en las reglas pragmáticas de los usos comunicativos del lenguaje, las condiciones de posibilidad descritas por reglas universalizables. De ahí que su concepción normativa de una discusión racional ponga el acento en las reglas que usan los hablantes competentes al dialogar.

El discurso práctico jurídico que utilizamos en la práctica ante las instituciones nos muestra dos perspectivas primordiales: una *empírica*, que pone en relación a los sujetos comunicativos con los argumentos, los hechos del mundo, las técnicas lingüísticas y las retóricas particulares utilizadas por la tópica jurídica del lugar; en otro nivel se encuentra la perspectiva *analítica*, la cual, se ocupa desde la lógica formal de analizar la estructura lógica de los argumentos, ligando la pretensión de validez con la de normatividad, así es como entiende Alexy que “se establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso jurídico.”²⁷¹

²⁶⁸ En el *ANEXO I* recogido en los apéndices finales hacemos referencias a estas reglas que nos da en R. ALEXY. (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

²⁶⁹ R. ALEXY. (1989): *Teoría de la argumentación jurídica. op. cit.*, p. 177.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 36.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 35.

En ese influjo de pretensiones de corrección abordada por Alexy, la validez moral es la que más nos interesa resaltar para la práctica jurídica que lleva a cabo el profesional del Derecho cuando despliega su actividad dentro del ámbito de las instituciones. Alexy²⁷² y Habermas²⁷³ nos muestran cada uno desde su dominio jurídico y filosófico entrelazados, su interés por conectar el actuar práctico con la justificación moral, en esa visión normativo-procedimental de la comunicación tan característica de su escuela filosófica afín, tarea que pretenden desarrollar dentro del giro argumentativo y pragmático del lenguaje. En esta visión que trata de formular ciertas *reglas* básicas en los procesos de argumentación racional, entre ellas encontramos:

- 1) Una básica la de que los hablantes no se contradigan, supuesto de *consistencia*. En el Derecho suele ocurrir que defiendes una postura y puedes pasar a la contraria por interés estratégico. Por ejemplo, un acusado puede mentir en una declaración inicial por una razón estratégica, y luego decir lo contrario en una posterior, por otra razón estratégica, y a pesar de su falta de credibilidad, puede ser tenida en consideración su pretensión en Derecho y sacar réditos de una fiscalía o juzgador que consideran que no se ha desvirtuado la pretensión por esa falta de consistencia inicial;
- 2) El supuesto de *coherencia* implica que en casos similares se predique lo mismo. Otro inconveniente que encontraríamos, aparte de la del argumentador insincero anterior, es que hay muchos casos similares, pero, con diferentes matices, que pueden variar la predicación inicial a lo largo de un procedimiento y, en el Derecho, los matices deciden y cambian contantemente el estado de cosas y las consecuencias jurídicas;
- 3) Otra de sus reglas de comunicación es el supuesto de *univocidad*, es una regla de la correcta comunicación con la que en los mismos contextos las expresiones proferidas no pueden significar cosas distintas.

²⁷² Cfr. R. ALEXY. (1978): "Eine Theorie des praktischen Diskurse" W. Oelmüller (eds.), *Normenbergründung, Normendurchsetzung. Materialien zur Normendiskussion*, Paderborn, 2, 22-58.

²⁷³ Cfr. J. HABERMAS. (2008): "Ética del discurso. Notas para un programa sobre su fundamentación." *Conciencia moral y acción comunicativa*. Trad. R. Cotarelo, Trotta, Madrid, pp. 53-119.

En el acercamiento del Derecho a la moral y la ética que estamos manejando, ayudados por la concepción de Alexy y Habermas, vemos la necesidad de llevar el Derecho a los planos de justificación: que desde un punto de vista externo la encontramos en la pretensión de legitimidad derivada del deber coercitivo de las normas jurídicas vigentes, aquellas que positivizan una determinada moral; pero, desde el punto de vista de la *justificación interna* se requiere que los partícipes pudieran aportar un punto de vista de corrección ética, en palabra de Alexy:

“mostrar cómo en los procesos de creación y aplicación del derecho los participantes tienen, necesariamente, una pretensión de corrección, la cual incluye una pretensión de corrección moral.”²⁷⁴

Esa pretensión de corrección en el discurso jurídico,²⁷⁵ Alexy la encuentra en la universalidad normativa aportando sus conocidas reglas para un discurso racional. Para Alexy las normas y las decisiones judiciales “son jurídicamente defectuosas cuando no tienen, o no satisfacen, la pretensión de corrección.”²⁷⁶ Al igual que Habermas con sus reglas y proyecto de racionalidad comunicativa, Alexy busca la validez por la corrección de los actos de habla, que en la perspectiva pragmática del lenguaje y la comunicación tan característica en estos autores se focaliza hacia los partícipes de un discurso racional, en los cuales Alexy ve necesariamente una pretensión de corrección.

Por su parte Habermas nos dice en *¿Qué significa pragmática universal?* un texto preparatorio de su obra magna *Acción comunicativa* que esas reglas de la comunicación existen, independientemente, de que el interlocutor quiera mentir, distorsionar o provocar. En el argumentario de Habermas encontramos que en el lenguaje tenemos un saber que nos proporciona “la conciencia intuitiva de regla”²⁷⁷ (Regelbewusstsein), que como hablantes competentes tenemos de nuestra lengua. El uso pragmático del lenguaje parece estar resuelto en su concepción a la búsqueda del acuerdo y el entendimiento, de ahí que

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 45.

²⁷⁵ R. ALEXY. (1989): “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral.” Trad. P. Larrañaga, en R. ALEXY. (1993): *Derecho y razón práctica*. Fontamara, México, pp. 37-58.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 52.

²⁷⁷ J. HABERMAS. (1994): “¿Qué significa pragmática universal?”. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid, pp. 310-311.

el enfoque de su construcción teórica se haga eco del giro hacia la racionalidad argumentativa.

La versión normativo-racional de la argumentación jurídica y la pretensión de corrección que nos da Alexy no ha quedado exenta de críticas. Unos autores le critican que ese intento de resolver la validez en la racionalidad del Derecho, a través de su aproximación a la ética discursiva y unas reglas o primeros principios con pretensiones de corrección moral, no termina de ofrecer suficientes soluciones para establecer una conexión conceptual entre el derecho y la moral²⁷⁸. Otros autores entienden que las soluciones aportadas no terminan de resolver los problemas de la contradicción performativa implícita en el *trilema*, que en filosofía del lenguaje se identifica con la incompatibilidad entre lo que se prescribe a través del acto de habla y las reglas que rigen tal acto de habla. Esa crítica nos la expone Guariglia cuando nos dice que:

“Para el hombre moral, la comisión de una contradicción performativa le resultará intolerable; el inmoral, en cambio, la atesorará como un recurso más para embaucar a los ingenuos. Tanto el uno como el otro, sin embargo, no tendrán para guiarse más que criterios intuitivos de cuál es la acción moralmente correcta, ya que, la contradicción performativa *per se* no ofrece ningún criterio moral.”²⁷⁹

En ese orden de críticas, incluso autores como Caracciolo han hablado de los inconvenientes de caer con esta teoría en:

“un cognoscitivismo débil que subyace a los intentos de vincular el derecho a la moral por medio del argumento de la pretensión de corrección o del llamado argumento de la creencia moral.”²⁸⁰

De estas críticas podemos extraer que si conforme a los postulados de Alexy, como hablante competente poseemos una pretensión de corrección implícita, el cumplimiento efectivo de la regla discursiva requiere de un acto empírico, la voluntad, deseos, creencias, valores, logros, etc., es decir, un amplio elenco de motivos subjetivos que subyacen a la intencionalidad ante la toma de decisiones. Pero puede haber individuos

²⁷⁸ J. BETEGÓN. (1998): “Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección.” *Doxa*, Universidad de Alicante, 21, pp. 171-192.

²⁷⁹ O. GUARIGLIA. (1996): *Moralidad. Ética universalista y sujeto moral*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, p. 157.

²⁸⁰ R. CARACCILO. (1994): “L’argomento della credenza morale.” *Analisi e diritto*, Giappichelli ed., Turín, 97-110.

que no estén interesados en esa corrección, porque sus pretensiones estratégicas son las de engañar, confundir o persuadir de cualquier modo, en Derecho incluso motivaciones como difamar, disuadir, dilatar, etc. Una de las tareas de la teoría de la argumentación jurídica es suministrar herramientas para detectar y poner al descubierto esas situaciones en la práctica institucional del Derecho.

Además, la pretendida pretensión de corrección también chocaría con el uso instrumental que se hace del Derecho. En el juez vimos que el sentido que puede encontrar al Derecho es más próximo a un fin en sí mismo, es decir, un sentido moral, procurando que sus decisiones sean conforme al Derecho y velando porque se respete y cumpla; en cambio, abogados u otros interesados solemos asimilarlos con otros fines externos respecto al Derecho, ya que utilizan el Derecho como un medio o instrumento para un fin; incluso, pueden servirse instrumentalmente de una incorrección del lenguaje y sus reglas para lograr dichos fines. El profesor Atienza nos dice que esa pretensión, por ejemplo, en un profesional del Derecho como una abogada/o no tiene tanto sentido entenderla por su carácter partidario, ya que éstos en su actuar, están regidos por las normas procesales y deontológicas de la profesión, pero no están mediados de una forma tan clara como ven estos pensadores de reglas de la racionalidad comunicativa por:

“los principios que caracterizan el discurso racional: por ejemplo, no se aplica el principio de sinceridad, o sea, el abogado no tiene obligación de decir toda la verdad, aunque tenga ciertos deberes al respecto, como el de no introducir pruebas falsas; ni tiene, naturalmente, la obligación de exponer los posibles argumentos que debilitarían su postura (y, si lo hace, no será para presentarlos en su mejor luz); etc.”²⁸¹

Al decaer en determinadas profesiones esas exigencias morales en las reglas de la comunicación, la argumentación que se da en los juzgados puede perder estándares éticos. Los teóricos de la argumentación jurídica hemos de seguir trabajando para que eso no ocurra, por eso se ha tratado de suministrar herramientas para detectarlo y denunciarlo. Están los criterios evaluativos, que aspiran a esa pretensión de corrección del discurso jurídico. En la ética profesional, encontramos muchas de esas virtudes que nos enseñan como profesionales a no forzar el lenguaje, las pretensiones, ni los argumentos que contienen hasta unos límites insostenibles, que detectamos por el mejor conocimiento

²⁸¹ M. ATIENZA. (2013): *Curso de Argumentación Jurídica. op. cit.*, p. 706.

integral procesal y material del Derecho, y por el análisis evaluativo de la argumentación que sólo podemos hacer si nos servimos de algún tipo de criterio racional al respecto.

En definitiva, entendemos que cuando trabajamos en argumentación jurídica hemos de establecer equilibrios entre los diferentes enfoques que podamos hacer respecto a ella, en principio muy alejados como los tres enfoques de estudio. Pero, un exceso de posicionamiento normativo-racional puede dejar de lado la perspectiva de corrección por contrastación empírica de los argumentos. Si nos centramos en los criterios de validez, tan solo sustentados en unas pocas reglas básicas universalizables de las competencias lingüísticas y se deja en el tintero las cuestiones de contenido, es decir, la semántica de los argumentos jurídicos o las deficiencias morales que se pueden desplegar en el sistema como la utilización de falacias, engaños, manipulaciones, demagogia, etc., no estamos atendiendo a la necesidad de poner al descubierto las prácticas que tratan de burlar determinadas reglas pragmáticas básicas de una discusión racional como la que se dan en el foro público del Derecho.

La habilidad adquirida del profesional del derecho ha de intentar poner al descubierto o, en su caso, clarificar ante el intérprete resolutorio muchos de estos puntos oscuros en las situaciones prácticas argumentativas del Derecho, que se dan ante las instituciones, para evitar así situaciones injustas o abusos en la práctica jurídica. En esa línea evaluativa propuesta continuaremos avanzando desde las utilidades extraídas en otras tradiciones con gran autoridad para detectar los problemas en la comunicación del Derecho, ayudados por algunos casos prácticos sonados que se han dado en la historia de la filosofía, los cuales nos aportan otras formas de aprender a evaluar los discursos jurídicos.

3.4 El peligro de la mala *retórica*: sofística, mayéutica y la técnica evaluativa de argumentos en los clásicos

3.4.1 Una aproximación a la doctrina argumentativa socrática a través del diálogo platónico

Los diálogos de Platón nos aportan un enfoque bastante útil para rastrear problemáticas en teoría de la argumentación en general, y en la argumentación jurídica entre sus especialidades. Empezando por los métodos empleados en los discursos clásicos, el método *sofista* choca con la concepción platónica de una ciencia que ha de estar determinada, prescribiendo en su propia estructura el uso que ha de hacerse de ella. La retórica utilizada en la Grecia clásica por los sofistas flota en esa indeterminación, presume de “saber adecuar a cada situación las cualidades del discurso, buscando siempre el asentimiento del auditorio,”²⁸² algo que le permite escapar de los límites de lo que está bien y lo que está mal. Ese proceder en el discurso público resulta bastante peligroso, porque permite quedarse sólo con los valores de la convicción de un discurso. Gorgias un ilustre entre los sofistas consideraba que una genuina *retórica* sería “el arte de conducir las almas por medio de las palabras,” (Fedro, 261a).

La sofística, en su connotación más peyorativa extraída de lo que nos transmite de ella Platón en sus diálogos o en otra literatura de la época como la comedia de *Las Nubes* de Aristófanes, nos hicieron entenderla desde la interpretación histórica como un procedimiento de erudición, enciclopédico, verbal –nunca reflexivo–, cuyo contenido varía con la coyuntura exterior, buscando la adaptación individual a circunstancias contingentes como hace la retórica. Estos sofistas, en esa mala imagen que de ella nos ha proyectado la literatura clásica, se asimilan con personas que no creen en verdad objetiva alguna, y de aquí se desprende que toda afirmación valga tanto como su contraria y que el argumento débil pueda convertirse en el argumento fuerte. Un tratamiento creemos

²⁸² J. ALCOEA. (2012): voz “Retórica” en L. Vega Reñón y P. Olmos (eds.), *Compendio de Lógica, argumentación y retórica*. Trotta, Madrid, p. 524.

injusto cuando se generaliza esa idea para todos los sofistas de la época, pues, por ejemplo, Isócrates (436-338 a.n.e.) trataba de conciliar la técnica de hablar elegante y persuasivo con la educación moral y civil.²⁸³

En cambio, cuando contraponemos la sofística al *método socrático*, según la doctrina que nos ha transmitido su discípulo más conocido Platón, vemos como con el discurso se busca un examen exegético, donde la erudición está condenada por la insciencia y la conciencia esta liberada de toda autoridad tradicional. Tiene un contenido permanente y trata de buscar lo universal. La *mayéutica* socrática, como las comadronas asistiendo al parto, lo hace con el interlocutor del diálogo para que desde dentro pueda dar a luz o descubra sus propias verdades, intentando llegar a un conocimiento no conceptualizado, suponiendo que la verdad está oculta en el alma de cada persona. Entonces, lo característico del método socrático es que se refugia en la construcción aporética, parte de la duda que quiere infundir a sus interlocutores y trata de conseguir un saber más seguro, intentando alcanzar el verdadero conocimiento mediante la legalidad inherente al diálogo racional.

Introducidas estas bases teóricas de los métodos clásicos empleadas en los discursos y diálogos clásicos transmitidos por Platón, en la evaluación de un diálogo y sus matices podemos encontrar una utilidad para abordar algunos de los conflictos actuales que se dan en las sedes judiciales. Aunque sean ejemplos clásicos en contextos históricos diametralmente diferentes, muchos de los problemas de la vida pública siguen siendo similares. En numerosas ocasiones en nuestra vida en sociedad nos encontramos ante ejemplos de usos dudosos de las instituciones y el Derecho, o en los que se instrumentalizan con demasiada frecuencia el uso de los juzgados, dando curso a dudosas acusaciones con intenciones externas al normal funcionamiento de la administración de justicia. Esta situación es la que le pudo pasarle a Sócrates en la visión que nos han transmitido Platón y sus seguidores, al instruirse contra él una causa que obligaba a los operadores jurídicos de la época a darle curso legal y tomar medidas tratando de aclarar su situación personal en términos normativos, lo cual implicaba administrar la justicia institucional de la época.

²⁸³ *Ibid.*, p. 524.

Unos operadores jurídicos –abogados, fiscales y demás funcionarios al servicio de la Administración de Justicia–, en el normal funcionamiento de las instituciones que representan, que se ven convenidos a ejercer su quehacer profesional e investigar o instruir cuando se pone bajo su conocimiento indicios razonables de una presunta comisión de delitos. Las consecuencias procedimentales son el curso legal de un enjuiciamiento que ha de terminar en algún tipo de resolución definitiva.

En la historia nos gusta oír y empatizar con ejemplos como el de Sócrates, con el drama y dilema entre la moral personal y la legalidad. Estos casos se dan en determinados juicios mediáticos e institucionales que nos chocan, veremos en los epígrafes siguientes: el sufrido por Sócrates, el de Helena de Troya o el de Friné, en un contexto histórico de la Grecia clásica y comparémoslos con la contemporaneidad actual, para ver defectos y virtudes del discurso empleado, tratando de ilustrarnos algo sobre los discursos públicos y el sistema argumentativo correcto que se ha de practicar en la vida jurídica contemporánea.

Empecemos por los métodos discursivos utilizados anteriores a la clasificación aristotélica de epidícticos, deliberativos y forenses. El papel que la *sofística* ha podido tener en ese juego dialéctico-retórico histórico, nos permite conectar el análisis de esta casuística literaria, análogamente, a los problemas actuales de la práctica y la comunicación jurídica en el marco de la racionalidad argumentativa. La carga peyorativa del término sofista ha prevalecido a lo largo de la historia, ésta tuvo momentos históricos álgidos y otros en los que no fue tal. A estos reputados maestros de la cultura clásica se les asimiló con las malas prácticas, pero, hubo un tiempo en el cual fueron reconocidos como sabios. Fueron valiosos exégetas de las obras de los poetas y reconocieron el valor formativo del saber, es decir, unos apreciados maestros de la cultura.

El contexto donde se desarrolló su labor fue peculiar, pero, a la vez análogo con muchas de las situaciones y dinámicas de la coyuntura social actual. En una cultura boyante como la de aquella Atenas del siglo V a. c., los intereses de la vida pública tratan de absorber los mejores productos intelectuales en su provecho, por ello, las enseñanzas de los reputados sofistas pronto fueron requeridas por la clase dirigente. Muy apreciado fue en aquel tiempo, y lo sigue siendo en la actualidad, aprender a usar la palabra, la

retórica y la gramática para ser “capaces de salir airosos en las competiciones civiles.”

284

Cuando las enseñanzas y los oradores que utilizaban estos servicios empiezan a ser menos escrupulosos en un sentido moral, obedeciendo a unos intereses instrumentales menos loables, comienza a solidificarse esa interpretación histórica que se nos ha transmitido, la carga peyorativa del sofista, en una opinión pública histórica que todavía subsiste acerca de lo que no se debe hacer en política y derecho, desde la antigüedad hasta la actualidad, es decir, enseñar en charlatanería y demagogia, en un método especulativo o provocador, que trata de persuadir por cualquier medio a pesar de la falta de verdad en las razones aducidas, tratar de producir convicción sin tener verdadero conocimiento, sin tener verdadera ciencia y, en el peor de los casos, engañando o manipulando.

El admirador del pensamiento crítico puede aplaudir esa provocación o la incitación al pensar, aunque, lo que mueva el debate sea estéril y sin sentido, si lo que provoca después del efecto provocador es la generación de un conocimiento colaborativo, que aporte razones y ponga en duda lo que se tenía por cierto y sobre todo, desmiente la charlatanería y la demagogia. El pensamiento escéptico puede parecer incómodo, pero tiene un valor epistémico enorme, recuérdese el film *12 Hombres sin piedad*,²⁸⁵ en el cual esos doce jurados formaban parte de un jurado popular en la ciudad de Nueva York, que debían determinar un veredicto sobre un presunto asesinato, para el cual, de partida prácticamente sus integrantes niegan la deliberación. Ante unas evidencias que les parecían tan claras en su primera apreciación que en su juicio valorativo, determinaban una culpabilidad prejuiciosa del acusado sin remisión debido al material empírico antes a ellos presentado por los acusadores, la actitud crítico-argumentativa de uno sólo de ellos, Davis (interpretado por Henry Fonda) representa una postura escéptica ante lo persuasivo de las evidencias empíricas en su interpretación más plausible.

La actitud de ese pensador crítico es provocadora, pero su virtualidad es que incita un debate a partir de una duda razonable, presentándose como objetor frente a la

²⁸⁴ N. ABBAGNANO. (1994): *Historia de la filosofía*, Vol., I, 4ª ed. Trad., J. Estelrich y J. Pérez, Hora S.A, Barcelona, pp. 46-47.

²⁸⁵ Cfr. LUMET, S., (1957): *12 Angry men*. Orion-Nova Productions. Película basada en el guion homónimo de Reginald Rose.

presunción de culpabilidad del pensamiento común de los demás. En el desarrollo de la trama va persuadiendo y generando otras tantas dudas que va adhiriendo a la causa, que no permiten tomar por cierto el conocimiento o las convicciones que se habían adquirido previamente a partir de las evidencias presentadas por los encargados de constituir la acusación. Las consecuencias en un sistema judicial con pena de muerte vigente, como el del Estado americano de la película o en la actualidad en muchos sistemas políticos y judiciales, y en la vida clásica de Sócrates, implican una decisión crucial de responsabilidad a los encargados de un veredicto. Ante uno de estos dilemas judiciales se expuso Sócrates, el método discursivo utilizado en su defensa es digno de estudio ante cualquier pena o conflicto, pero, con más motivo, cuando una pena de muerte está en juego.

3.4.2 El discurso platónico de la *Apología a Sócrates* frente a la sofística

Una de las acusaciones sufridas por Sócrates es la de sofista. Platón y Jenofonte salieron con sus escritos a limpiar el nombre de su maestro, las razones y palabras puestas en boca de Sócrates por el primero de ellos son dignas de estudiar evaluando su discurso argumentativo, que fue salvando las distancias históricas de un juicio de una época mucho menos garantistas que los actuales, el llevado a cabo en un procedimiento típico de un sistema de auto-defensa como el transmitido por Platón que limita las cuestiones técnicas y se centra más en cuestiones morales, políticas o filosóficas.

La *Apología*²⁸⁶ que Platón le hace a Sócrates nos cuenta a través de la voz que le pone a su maestro una historia de martirio, nobleza y sacrificio moral, detrás de la acusación formal pudiera haber una persecución debida a las rencillas y revanchismo, por haber estado Sócrates por encima del gobierno oligárquico y la restauración democrática de aquella Grecia convulsa posterior a la guerra del Peloponeso. Curiosamente en aquella convulsa Grecia y su Derecho vigente nos puede parecer, desde la perspectiva actual,

²⁸⁶ PLATÓN. (1985): *Diálogos I: Apología, Critón, Eutifrón, Ion, Lisis, Carménides, Hippias menor, Hippias mayor, Laques, Protágoras*. Introducción de Emilio Lledó, Trad., y notas J. C. Ruiz, E. Lledó y C. García Gual, Gredos, Madrid, pp. 148-186.

desproporcionado, que una ofensa a los dioses, una acusación de impiedad o de corromper con su doctrina a la juventud suponga un ataque a la comunidad de tal magnitud que acarree pena de muerte.

La coyuntura histórica que dio cobertura legislativa a la causa fue la del restablecimiento de la Democracia y el derrocamiento del régimen oligarca de los Treinta Tiranos. Precisamente, un Decreto de Andócides encargado a una comisión de *nemotetas* elegidos por el Senado, tenía la finalidad de revisar e interpretar las leyes antiguas, a fin de evitar interpretaciones interesadas por parte de los antidemócratas. Pero, paradójicamente, a pesar de la amnistía que buscaba evitar revanchismos y resolver los conflictos políticos de las facciones enfrentadas, un Decreto no derogado ofreció un resquicio legal para acusar a Sócrates de impiedad, de corromper a los jóvenes y de no reconocer los dioses de la ciudad.

Así, los que presuntamente pudieron instrumentalizar la administración de justicia: Anito, Meleto y Licon, lo denunciaron bajo la acusación de que: “Sócrates delinque corrompiendo a los jóvenes y no creyendo en los dioses en los que la ciudad cree, sino en otras divinidades nuevas.”²⁸⁷ La argumentación empleada por Sócrates para defenderse de tales acusaciones es altamente persuasiva, precisamente, de esa técnica pretende defenderse al manifestar que algunos de los jurados puede que hayan sido ya persuadidos cuando se inicia la *Apología*. Sócrates en su alegato inicial manifiesta una alerta: “no sé, atenienses, la sensación que habéis experimentado por las palabras de mis acusadores [...] persuasivamente hablaban [...] sin embargo, por así decirlo, no han dicho nada verdadero.”²⁸⁸

En ese alegato Sócrates está anunciando que los acusadores han utilizado un método discursivo que transmite convicción por la técnica persuasiva sin portar verdadero conocimiento. Es el empleado contra él, hablamos del propio método sofístico del que se le acusa, pretende combatirlo, desde su método mayéutico inicia aporéticamente su alegato alertando al jurado de si pudieran tener ya unas creencias, ideas o prejuicios inferidos por la persuasión, les advierte de que tengan en cuenta que no es verdad, que

²⁸⁷ *Ibid.*, *Apol.*, 24b-c.

²⁸⁸ *Ibid.*, *Apol.*, 17a.

podrían estar equivocados. Toda su argumentación posterior va a consistir en demostrarlo, al igual que ocurre con el jurado de *12 hombres sin piedad* que ya están persuadidos, todos menos uno, por eso el sentido de su discurso en el diálogo es dar sus razones para sostener su objeción. La bondad del proceso de objeción argumentativa en el Derecho es que puede cambiar el parecer inicial, persuadiendo o llevando el *auditorio* a la corriente de opinión que respalda otra pretensión, a pesar de la insuficiencia de armas como manifiesta Sócrates y de que su auditorio es pasivo, rendido a los oradores. Sócrates lamenta no haber podido examinar en profundidad las acusaciones, las pruebas, los nombres de algunos acusadores. La tendencia de los sistemas judiciales actuales es de implementar las garantías para los acusados a fin de evitar esa indefensión prohibida por el ordenamiento jurídico expresamente –véase art. 24 de la Constitución española–.

Un proceso público en la Grecia de aquel tiempo se iniciaba con la *isangelia* que era la denuncia, el Senado tenía el derecho y deber de prender inmediatamente a los acusados, si la acusación le parecía tener la suficiente verosimilitud. Después de haber puesto al pueblo al corriente del asunto y terminada la instrucción, llevaba a los acusados ante un tribunal de justicia: la cuestión que nos planteamos, desde la teoría del derecho y de la justicia es ¿Sí fue un juicio justo? Bajo estrictos términos de justicia por legalidad, si la ley contempla un precepto con una premisa normativa que describe unos hechos y unas consecuencias jurídicas aparejadas a él, la existencia de unos indicios razonables de haber incurrido en dichos actos en el mundo empírico, legitima la causa en el plano de justificación externa, formalmente, es conforme a Derecho y es justificable dicho encausamiento, en el modelo actual, el no hacerlo podría incurrir infracciones administrativas o penales como la prevaricación de los funcionarios encargados. Que los sea ética o materialmente, desde un punto de vista interno o moral o desde el punto de vista del juicio de culpabilidad, es otra cuestión. Los entresijos de la evaluación de los argumentos nos darán criterios para, desde la argumentación comprobar la validez de algunos de sus argumentos en términos de racionalidad argumentativa.

Sócrates pide al jurado que no le juzgue por sus habilidades oratorias, sino por la verdad que estas convocan, lo guía la máxima delfica: “*sólo sé que nada sé*”. Posicionado en ese punto de inflexión escéptica está trasladando, desde la acción jurídica de defensa a los encargados de juzgarle, que, si ya han sido persuadidos, que tengan en cuenta que

esa persuasión es un mero instrumento o medio para otros fines –quizás, como informan cronistas, un movimiento reaccionario contra él por tratar de ser un reformista en las creencias y valores de su tiempo–. Esa persuasión de la que pudieran haber sido objeto puede acarrear una falta de verdad o correspondencia con la realidad. Sócrates asegura que no va a utilizar ornamentos retóricos, ni frases cuidadosamente preparadas, sino que va a decir en voz alta lo que se le pase por la cabeza –la falsa modestia pudiera ser una de *falacia* argumentativas a estudiar–:

“vosotros vais a oír de mí toda la verdad; ciertamente, por Zeus, atenienses, no oiréis bellas frases, como las de éstos, adornadas cuidadosamente con expresiones y en vocablos, sino que vais a oír frases dichas al azar con las palabras que me vengan a la boca; porque estoy seguro de que es justo lo que digo, y ninguno de vosotros espere otra cosa.”²⁸⁹

En Derecho, cuando estamos confrontando discursivamente ante las instituciones, entender que la verdad surge de la espontaneidad es demasiado suponer, hay que tomarlo con ciertas cautelas. Por ejemplo, en los interrogatorios en los centros de detención, los sospechosos interrogados suelen ser más espontáneos, lo cual implica que se consigan muchas confesiones por los investigadores. En cambio, cuando se acogen a su derecho a no declarar, pasan unas horas, unos días y, por ejemplo, se ha hablado con el abogado defensor orientándolo en las estrategias, los discursos o testificales que se emitirán en los futuros interrogatorios son más estratégicas y pensados, articuladas de otra forma ante el juzgado, construyendo un relato más coherente y beneficioso para la estrategia defensiva, que no ha de tener una correspondencia con la verdad, la ley permite al acusado mentir sin ser acusado por ello de falso testimonio. Lo interesante desde la coherencia y las reglas de un diálogo racional es que el discurso sea creíble y se pueda defender sin contradicciones. La univocidad es una de las reglas básicas de Alexy para la comunicación en la práctica jurídica, que el profesional ha de utilizar para dar coherencia al discurso que pretende construir para persuadir eficazmente al juzgador o a los juzgadores, donde la coherencia y la percepción de sinceridad gozan de un mayor valor persuasivo para el juzgador.

²⁸⁹ *Ibid.*, 17a.

Además, Sócrates en su argumento incurre en contradicción cuando manifiesta que los que tratan de persuadir están faltos de verdad, que él se guía por la máxima délfica “sólo sé que no sé nada”, pero manifiesta que él “solo va a decir la verdad, ciertamente por Zeus.” Al incurrir en esa contradicción estaría contraviniendo la regla de *consistencia* de Alexy que exige a un hablante que no se contradiga, además de apoyar su argumento en la falacia del *argumentum ad verecundiam*, al acudir a elementos irracionales como la divinidad para dar razones, algo que los demás no pueden contrastar.

En su defensa continúa manifestando que esos acusadores, injuriosos y calumniosos, han ejercido sobre el jurado un cierto magisterio contra él. Respecto a los *primeros acusadores* dice que ni siquiera le es posible decir sus nombres, presumiblemente, el comediógrafo Aristófanes,²⁹⁰ o Mileto, que si nombra, movidos por la envidia y el deseo de calumniar, le acusan formalmente bajo la fórmula legal de:

“cometer delito y se mete en lo que no debe al investigar las cosas subterráneas y celestes, al hacer más fuerte el argumento más débil y al enseñar esas mismas cosas a otros.”²⁹¹

Sócrates entiende que son calumnias forjadas a base de mucho, pero, son estos motivos para acusarlo de *sofista*, aquellos a los que muchos consideran sabios, y como a él también se le acusa de sabio, dice que:

“hablo así, porque yo no conozco esa sabiduría, y el que lo afirme miente y habla en favor de mi falsa reputación.”²⁹²

A continuación, manifiesta que de esta encuesta han surgido muchos odios hacia él, brotando muchas calumnias y, la fama de sabio que le han creado, la creen en relación a sus conversaciones en las que convence a otro, pero, en realidad es la divinidad quien

²⁹⁰ Son los años en que Esquilo moderniza la vieja concepción del mundo, aquella, en la que los dioses siguen rigiendo los destinos de los hombres y en los que Aristófanes dedica a Sócrates una comedia *Las nubes* en la que se mofa cruelmente de él. Éste lo presenta como alguien que exige crecidos honorarios a los alumnos a cambio de sus enseñanzas: explica geometría, física, astronomía, meteorología, geografía, las profundidades de la Tierra, etc.; es un ateo, puesto que no cree en los dioses de la ciudad; no sólo es un físico, sino un maestro de retórica y un preceptor de elocuencia forense y política, de quien se puede aprender a hacer triunfar la causa débil o injusta sobre la fuerte o justa, como un sofista. Esta obra contribuyó a crear un ambiente enrarecido en torno a él, lo que sería una opinión pública actual con un relato negativo que podría afectar al jurado. Este ambiente pudiera haber dado pie a que Anito, Meleto y Licon lo acusaran formalmente y la toma de una decisión emocional o prejuiciosa por parte de algunos de los jurados.

²⁹¹ *Ibid.*, *Apol.*, 19c.

²⁹² *Ibid.*, 20e.

sin duda es sabia, y por medio del citado oráculo quiere significar que la sabiduría humana es poco o nada lo que vale. Dice que esa es la razón por la que se dedica a andar de acá para allá buscando e inquiriendo de acuerdo con las palabras de la divinidad en las personas de todos los que imagina sabios, y al parecerle que no lo son, trata de demostrar esto para corroborar lo que el Dios ha dicho. Por esta tarea, manifiesta que no ha asumido ningún cometido político digno de mención, ni de ocuparse de sus intereses particulares; lejos de eso vive en una extrema pobreza por servir al Dios.

Esta obra narra el drama moral y de una injusticia que nos ha transmitido Platón, incluso el sistema evaluativo sirve para aplicarlo a su discurso, pues, el autor intenta persuadirnos en su *Apología* con una técnica persuasiva muy eficaz, la de una retórica que apela a las emociones o *pathos*, que se sustenta con la retórica del sacrificio, la inmolación de su maestro Sócrates, por sus ideas que es un sistema moral y político ideal preconcebido de cuyas bondades pretende convencer el escritor, tratando de asentar esas convicciones en los lectores.

3.4.3 La sofística contemporánea: Gorgias y su *Encomio de Helena*, el juicio a *Friné* y el discurso fúnebre de Marco Antonio

La *sofística* ha sido, quizás, injustamente tratada en la historia, asimilada a una suerte de ciencia de la persuasión mediada por los juegos retóricos, es decir, tratar de generar convicción en lugar de convencer, imponiendo al discurso el *telos* de la persuasión como objetivo independiente de los medios empleados. El verbo *persuadir* forma parte del sentido histórico de una *retórica* que Aristóteles definió como “la facultad de contemplar los posibles medios de persuasión en relación con cualquier cuestión en particular,”²⁹³ es decir, el arte de descubrir en cada caso particular los medios más adecuados para persuadir.

²⁹³ ARISTÓTELES. *Retórica*. 1355b 25, “facultad de considerar en cada caso el medio de persuasión que cabe emplear”; 1355b 10, “examinar los medios de persuasión que hay en cada caso.”

El orador contemporáneo en el discurso público parece haber heredado de los clásicos, de la literatura y el arte de persuadir, un manual de estilo para persuadir eficazmente, pero la *nueva retórica*, que trataremos en el próximo epígrafe, se revela contra esa concepción tan arraigada, proponiéndose reconstruir, en palabras de uno de sus mayores defensores, Chaïm Perelman, una teoría “de los medios discursivos que sirven para obtener la adhesión del auditorio, por lo que, solo se examinará la técnica que emplea el lenguaje para persuadir y convencer.”²⁹⁴ Esta nueva retórica amplía los discursos de la triple clasificación aristotélica y los medios empleados a una mayor tipología conforme a los tiempos y las exigencias de la vida pública actual, dotándonos de herramientas útiles para evaluar los argumentos.

El verbo *convencer* nos provee de ese sesgo novedoso que enriquece esta mirada retórica que pretende renovar un arte clásico tan relegado durante siglos a un manual de estilo. Resulta algo mucho más difícil convencer que persuadir, pero mucho más interesante desde un punto de vista de la racionalidad jurídica.

El modelo de argumentación retórica en Derecho gira entorno al interés de que el interpelado, es decir, los miembros del auditorio específico puedan adherirse a su corriente de opinión. Un orador expone unas evidencias observacionales, que interpreta conforme a su interés estratégico, buscando los medios apropiados para persuadir eficazmente; para ello, se requiere de un componente *cognitivo*, una intuición psicológica de la situación argumentativa que le permita algún tipo de conocimiento empático y emocional de los interlocutores. Suele preguntarse acerca de cuáles son sus ambiciones, cuáles son sus deseos, qué los emociona o motiva –los estímulos que los mueven–, es decir, en el juicio que acontece al discurso media una especulación intuitiva o un estudio más concienzudo de los perfiles sociales. Eso significa poner en juego un aspecto psicológico de intuición cognitiva que puede determinar la forma del discurso que se quiere articular ante el auditorio jurídico específico que se quiere persuadir.

²⁹⁴ Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA. (1989): *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*. 5ª ed., Trad. Julia Sevilla Muñoz, Ed. Gredos, Madrid, p. 39.

El inconveniente lo encontramos en el hecho de que el conocimiento específico del interlocutor jurídico es complejo. La *mala retórica* utiliza técnicas argumentativas que suelen apelar a deseos comunes o compartidos de todo el género humano, por eso, en muchas ocasiones, cuando deberían de intentar convencernos, en cambio, en el peor de los casos tratan de persuadirnos por medio de engaños, de promesas estériles, recompensas vacuas o incluso el recurso al temor o la coacción mediando el miedo, las amenazas, las intimidaciones o cualquier otra forma de sugestión emocional, que en el mundo jurídico, en un sentido más laxo del término, puede entenderse en la graduación disyuntiva y/o condicional de “un mal mayor, menor o ninguno si/o si, el interpelado se allana a tal o cuales pretensiones.”

Un ejemplo práctico de dicho condicional podemos verlo en un procedimiento penal, en la reconstrucción de un diálogo hipotético que pudiera darse entre un abogado defensor y la fiscalía en los intentos previos de conciliación para llegar a los acuerdos de conformidad,²⁹⁵ los cuales están destinados a evitar el acto del juicio. En ese proceder un primer interlocutor –letrado defensor– podría comenzar formulando la siguiente pregunta: queremos llegar a un acuerdo, ¿Cuál es la posición de la fiscalía en la acusación? una fórmula hipotética posible, que se da en la práctica podría proponer el siguiente condicional:

“Si en este acto de conciliación, tu cliente no acepta el delito de amenazas leves del art. 171.7 del Código Penal, por tales o cuales razones [...], en el caso de que se celebre el juicio, ya no se podrá acogerse al beneficio de la reducción de la pena y mantendremos la acusación inicial del delito de amenaza grave del art. 169 del Código Penal, por tales o cuales razones [...].”

Este condicional ofrece dos interpretaciones aplicables posibles para un mismo hecho. Las dos desde un punto de vista formal externo, son legalmente posibles –con el

²⁹⁵ Los acuerdos de *conformidad* es un instrumento jurídico ampliamente extendido introducido legalmente en la previsión de evitar la celebración de los juicios y favorecer los acuerdos conciliatorios entre las partes en litigio, por ejemplo, en muchos casos al devenir en una suerte de negociación o mercadeo de una pena reducida, multa, el montante de unos daños y perjuicios u otra previsión legal sustitutoria a razón de la aceptación de una acusación de culpabilidad y no enfrentarse a la suerte del juicio, su regulación general viene dada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, distinguiendo la de los arts. 655, 658 y ss., para el procedimiento ordinario y los artículos 784.3 y 787 para el procedimiento abreviado o en el art. 50 de la Ley del Jurado. Además, se pueden complementar este régimen general con otras disposiciones más específicas como las instrucciones al respecto de las propias fiscalías.

inciso de que unas amenazas, si son muy graves bajo criterios doctrinales el interpretarlas como leves estaría forzando demasiado la discrecionalidad de los preceptos—. Pero, si evaluamos los argumentos material e internamente, desde el punto de su justificación moral, el argumento es *falaz*, pues, apela al miedo de un mal mayor, con un abuso de posición dominante *argumentum ad baculum*, lo vemos en la fórmula de “si no se acepta la conclusión del mal menor, te expones al mal mayor.” El Derecho en su finalidad interna de utilidad pública ha de buscar mecanismos que agilicen y descongestionen la saturada Administración de Justicia con medios materiales limitados. Uno de ellos son estos intentos de conciliación previa con cierta facultad discrecional del operador jurídico que permitan liberar a la Administración de Justicia de la gran carga de procedimientos pendientes de señalamiento de juicio oral, pero ese fin general no puede suponer moralmente una proposición argumentativa con una coacción.

El ejemplo histórico nos muestra los rasgos de la *retórica*, uno conocido lo encontramos en el discurso del insigne sofista Gorgias y su *Encomio de Helena*,²⁹⁶ un discurso que presenta a Helena inocente ante su partida, frente al desprestigio que sufre por la posible inmoralidad que supone dejar a su esposo y huir con su amado a pesar de las consecuencias que ello pudiera acarrear a su comunidad, unas motivaciones personales que imperan frente a las comunitarias. Gorgias con su técnica argumentativa se propuso liberar a Helena de su mala reputación, sirviéndose del arte de la persuasión y la estrategia retórica. Esta antigua historia mítica de infidelidad de la heroína, al estilo de los relatos jurídicos usados por muchos abogados defensores o acusadores, nos sitúa frente a los problemas que estamos intentando dilucidar de la argumentación, la retórica, la poética y la persuasión.

Cuando argumentamos desarrollamos un programa argumentativo destinado a que el auditorio –lector, público u oyente– queden convencido, esto es, persuadido, por la elocuencia del discurso retórico y, si es posible, manipulado. Si partimos de la idea que Helena partió a Troya sin su responsabilidad directa, significa partir de la premisa ante el auditorio de que nuestra representada no incurrió en tal delito, sino que fue producto de

²⁹⁶ PLATON. (1996): *El Sofista. Testimonios y Fragmentos*. Introd., Trad. y notas de Antonio Melero Bellido, Gredos, Madrid, pp. 200-211.

tal o cualquier otra razón ajena a su voluntad; el amor, el maltrato de un esposo no deseado, son motivos suficientes justificativos en la actualidad, incluso penada, una acción de imposición y coacción externa a la voluntad íntima y personal.

En el Derecho no operan sólo profesionales formados en leyes y jurisprudencia como jueces, abogados, fiscales, etc., también, en la Administración de Justicia se ven involucrados jurados populares, que son un ejemplo de posible afección de esos juicios mediáticos, donde una conciencia emocional colectiva como la que moduló la opinión pública contra Sócrates o Helena, puede interferir en la valoración de los argumentos presentados, creando unos prejuicios externos para la comprensión del jurado, e internamente el orador puede emplear una retórica emocional que se acentúa o relaja adaptando la intensidad o efusividad persuasiva de sus formas y contenidos. Este orador perspicaz trata de lograr que sus figuras retóricas sean más propicias para lograr adhesión de un jurado no profesional, cuyos miembros pueden quedar más prendados, rendidos o plegados a los adornos, juegos y artificios retóricos, que los jueces profesionales. Los juicios con jurado hay quien los entiende como un plus de garantía democratizadora en el sistema judicial, sobre todo en los procesos políticos, pues, a uno lo juzgan sus iguales, te enjuicia alguien que habla el mismo lenguaje que el acusado, menos expuesto a los embrollos legales,²⁹⁷ ya que, estos jueces improvisados se sienten menos ligados a los textos escritos.

En la Atenas clásica encontramos magistrados profesionales, en el *Areópago* o los *Arconatas*, acostumbrados a las fórmulas empleadas en aquellas lides, no se dejaban deslumbrar por las citas poéticas de los antiguos textos legales, ni ablandar por los sollozos de los acusados, las lágrimas de sus allegados, o la belleza del cuerpo desnudo de una hermosa *Friné*. Algo que sí ocurría con los Tribunales de carácter popular, los *heliastas* o el Senado de los *Cuatrocientos* cuando asumía competencias jurisdiccionales –vimos como con Sócrates pudieron ser persuadidos eficazmente por los acusadores–. Así el orador que busca persuadir eficazmente ajusta el tono de voz, la emotividad de los

²⁹⁷ G. PERROT. (1930): *El Derecho Público de Atenas*. Trad. Luis de Teran, La España Moderna, Madrid, pp. 181-ss.

alegatos y el contenido de sus palabras al entorno cognitivo del foro ante el que se enfrenta.

Si la sofística clásica utilizaba juegos retóricos, adornos poéticos, un célebre orador entre ellos fue *Hipérides*, al ver que sus argumentos previos no conseguían persuadir al jurado del *Areópago* pidió a *Friné* que se acercara, una inventiva estilística que le permitiría aumentar el tono emocional de su retórica, crear un momento álgido para su discurso, al mostrar el cuerpo desnudo de *Friné*, comparándola con Afrodita, el orador está empleando un argumento altamente falaz, un *argumentum ad verecundiam* que apela a la autoridad de los Dioses ““¿Como puede ser impía una mujer que tiene formas de Diosa?” "Piedad para la belleza!".”²⁹⁸ El argumento retórico oral viene reforzado por el visual, un *argumentum ad misericordiam*, que pretende manipular presentando algo como digno de misericordia por la comparecencia humana de la Diosa. El orador analiza el entorno cognitivo de los sujetos interpelados y, con el cuerpo desnudo, un argumento tremendamente efectista, pretende ser muy persuasivo, no sólo al tratar de dar evidencia del valor de la belleza inserto en los cánones de ese el ideal griego tan apreciado, sino que apela quizás, con el bello cuerpo desnudo de *Friné* a los deseos libidinosos de esos hombres que componen el Tribunal.²⁹⁹

La argumentación jurídica con adornos en su juego retórico, al evaluarlos, comprobamos su aceptabilidad, formal y materialmente, es decir, la adecuación de su contenido y formas a las normas, la doctrina legal, los criterios jurisprudenciales y los buenos usos y costumbres del lugar, que son los imperantes en el momento estilístico e histórico en cuestión. En el nuestro ya no es ni de buen estilo, ni de buen gusto, ni moral, ni legalmente aceptable, el pretender forzar en exceso la interpretación de los hechos y el Derecho o tratar de manipular con los juegos retóricos floridos. El análisis ético de la retórica y la revisión crítica nos muestra en la argumentación jurídica una necesidad de adecuar una ética aplicada y una deontología profesional entre las labores esenciales para

²⁹⁸ J. GONZÁLEZ, (2011): *El juicio de Friné. Anécdotas de la vida y de la historia.* [<http://anecdotas-historia.blogspot.com/2011/01/el-juicio-de-frine.html>]

²⁹⁹ *Friné* se ve juzgada ante el *Areópago* por la acusación de impiedad instigada por un amante despechado, un juicio que estuvo mediatizado más que por los hechos graves en aquel tiempo, una impiedad que a Sócrates le costó la vida, por el *prejuicio* de cómo se veía a una *hetaira*, “sirven para proporcionarnos placer, las concubinas para nuestras necesidades cotidianas y las esposas para darnos hijos legítimos y cuidar la casa,” nos dice el orador y político ateniense Demóstenes, (384 a.C.-322 a.C.).

mejorar la práctica jurídica que se desarrolla en las instituciones regladas por procedimientos de interacción de derechos y obligaciones.

En la visión clásica la clasificación aristotélica de los tipos de discursos se hizo en función de los auditorios:³⁰⁰ los discursos epidícticos en el Ágora; los discursos deliberativos en las Asambleas; y los discursos forenses o legales en los Tribunales. Ante este último tipo de discurso frente a los Tribunales nos encontramos en el juicio de *Friné*.



Jean-León Gerôme (1861) “*El Juicio de Friné*” (Museo Hamburgo)

Si en este supuesto *Friné* es absuelta, se conseguirá el fin pragmático-instrumental del orador profesional, mediado por el argumento visual y esa falacia utilizada del *argumentum ad misericordiam*, que, al estilo de la mala retórica sofística, pone el fin instrumental frente a la Administración de Justicia por encima de la moralidad en los medios empleados.

Una situación análoga ocurre en otro ejemplo histórico de retórica florida, teatral y demagógica. Lo encontramos en el discurso fúnebre de Marco Antonio a Julio César de

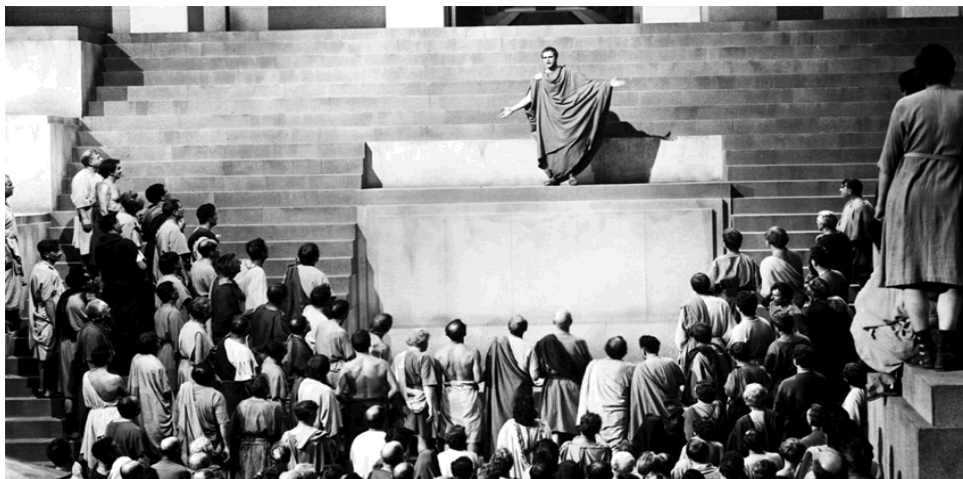
³⁰⁰ ARISTÓTELES. (1990): *Retórica*. Cap. III: Introd., trad., y notas de Q. Racionero, Gredos, Madrid.

Shakespeare,³⁰¹ en su célebre representación filmatográfica vemos una elocución artística *culmen* que bien le podría valer a su protagonista histórico un camino expedito para la conquista del poder político.

Film “*Julio César*” en la que Marlon Brandon interpreta a Marco Antonio



Falacia del *argumentum ad misericordiam*
argumento visual del cuerpo yacente de César



Despliegue del discurso de tribulación, mostrándose afligido
por la pérdida y enaltecendo la nobleza de César

³⁰¹ W. SHAKESPEARE. (2001): *Julio César*. Trad. A. L. Pujante. Espasa-Calpe, Madrid.



Mueca de satisfacción, persuasión lograda con la exaltación de la plebe frente a los senadores conspiradores

La muerte de César es pública, los senadores se disponen a salir de la asamblea y dar al pueblo las explicaciones pertinentes de lo sucedido, y tratar así de legitimar una sucesión del poder leyendo su testamento. Estamos ante un discurso epidíctico en la clasificación aristotélica dirigido al pueblo, en el que los senadores conspiradores se juegan su conquista del poder e incluso les va la vida en él. El discurso de Bruto es más vehemente y técnicamente más correcto, a pesar de que justifique una justicia con una injusticia, el asesinato de César. El de Antonio será el más célebre y el que nos interesa resaltar, paradójicamente, más persuasivo y eficaz para los fines perseguidos. Los dos buscan el beneplácito de la plebe –adhesión del auditorio– a unos argumentos que dan curso a sus intrigas políticas.

El orador se muestra como un sutil manipulador, con el juego de la nobleza y el dolor, ajusta el tono dramático y artístico de su expresión a un auditorio tan fácilmente manipulable: “la manipulación fructifica cuando el manipulado no se percata de que está siendo manipulado.”³⁰² Una de sus argucias es mostrarse exaltado y compungido por la

³⁰² J. ACOLEA. (2014): “Discurso público y manipulación: el caso de Julio César.” *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, (12), 2, p. 380.

pérdida de ese líder y héroe del pueblo romano, hace ver ese sentir ante un auditorio manejable, hace que sientan lo mismo, frente al presunto alivio que pretende transmitir Bruto.

Las proclamas del tono retórico exaltan al pueblo, ese hábil orador sabe jugar con el magma emocional del contexto. Su objetivo es seducir y rendir con sus juegos retóricos a un auditorio que puede comulgar, emocionalmente, si es bien trabajado, con ese dolor por la pérdida y el sentido de injusticia que trata de dibujar. El orador intuye y pretende provocar un sentimiento general de injusticia, una emoción moral que hace pensar en términos de justicia e injusticia. Para Bruto justicia significa el acto del magnicidio encarnado en un deber moral para defender los valores tradicionales de la República Romana, amenazados largamente por la ambición y la desmesura de César, para Antonio su intención oculta es heredar el régimen político del cesarismo. Los dos tienen intenciones políticas estratégicas, la de Bruto restablecer un régimen político, utilizando medios deleznable para el fin, la de Antonio sublevar a la plebe contra los senadores que urgieron el magnicidio, y aprovecharse de la confusión como un ardid para allanarse un posible camino hacia el poder.

Estamos ante una obra maestra de retórica manipulativa, estremecedora por su fuerza poética teatralizada, engañosa, cuando vemos una mueca oculta de risa vil del orador. Antonio al oír el rugir de la plebe exaltada siente satisfacción por el efecto eficaz que está produciendo su técnica persuasiva en ellos, bien podría servir para alentar a la muchedumbre al asalto del senado. Aristóteles nos dijo que cuando se intenta convencer con *demagogia* estamos ante un “adulador del pueblo,”³⁰³ es decir, cuando la estrategia retórica se da apelando a prejuicios, emociones, miedos y esperanzas tratando de conseguir el poder político. Las *falacias* imperan por doquier en este tipo de argumentación, el *argumentum ad misericordiam* es la más evidente. Apelando a la misericordia, Marco Antonio muestra el cuerpo yacente ensangrentado de Julio César recién asesinado, apelando y compartiendo con la plebe las emociones creadas desde su

³⁰³ ARISTÓTELES. (1988): *Política*, Introd., Trad. y notas Manuela García Valdés, Gredos, Madrid, V, 1313b.

óptica por tal injusticia, mostrándolo como un héroe frente al discurso de Bruto que lo describe como un tirano.

La utilidad de la evaluación de los ejemplos históricos podemos trasladarla a los momentos prácticos actuales en Derecho, extraer lecciones prácticas para mejorar la argumentación jurídica y entender el entorno emocional que conforma la situación argumentativa. Los juegos retóricos no son monopolio exclusivo de una sola figura jurídica profesional, en los discursos catalogados por Aristóteles de *deliberativos* y *forenses*, los propios que se dan en las tribunas de las cámaras representativas o en los juzgados o ante las instituciones administrativas. Encontramos muchas reminiscencias de ese tipo de discursos públicos que desgraciadamente quiso Marco Antonio, exaltan a la muchedumbre y alimentan los asaltos o intentos de tomar por la fuerza las instituciones. Lo vemos en ocasiones en la vida política de algunos países.

Los juegos retóricos contemporáneos en términos generales, a excepción de ejemplos históricos sonados, no suelen ser tan acentuados desde el punto de vista crítico del interlocutor. El auditorio técnico, a diferencia de la muchedumbre fácilmente exaltable y manipulable, está más formado y va más hacia los hechos y las evidencias, esforzándose por dar cabida en su juicio a las evidencias y razones más plausibles posible que luego recogen en la motivación de sus resoluciones. Lo que recalamos de la casuística actual es la virtualidad del proceso de intercambio de argumentos motivados, que suelen girar alrededor de las evidencias empíricas que constan en los expedientes o causas y son valoradas interpretativamente para conformar nuestro juicio. La retórica contemporánea ha tomado una gran relevancia en el panorama actual cuyo nuevo cariz pasamos a analizar a continuación.

3.5 De la nueva retórica a la neuroretórica

3.5.1 La nueva retórica en la contemporaneidad

La dinámica de las sociedades democráticas contemporáneas ha generado un influjo considerable de interacciones públicas de todo tipo en variados foros públicos, privados o mixtos: en los medios de comunicación encontramos numerosos opinadores y tertulianos, generando opinión pública; en la comunidad académica existen variadas formas de comunicar, encontramos, por mencionar algunos de los numerosísimos auditorios específicos, foros de economía, política, asociacionismo y un largo etcétera, en todo un magma de ebullición social donde no sólo se da una interacción privada personal o profesional, sino, también, una interacción con la Administración y sus órganos, algo que es una parte esencial del engranaje y la dinamicidad social.

Cuando opinamos en los numerosos foros públicos estamos abiertos a un intercambio de información que ha comenzado de una forma sorprendente a telematizarse, es decir, desarrollarse en aplicaciones y plataformas online alrededor de las diferentes redes sociales o instituciones a las que uno accede, obtiene información, se comunica o le comunican, y que en la práctica jurídica institucional implica iniciar o continuar una interacción institucional, que pretende resolver o aclarar determinadas cuestiones de hecho con contenido normativo ante la Administración.

Esta interacción, cuando se desarrolla en el ámbito profesional requiere de buenos gestores, más técnicos y formados en su profesión, pero, sobre todo, cuando se sobrepasa la mera intervención de audiencias de trámite, formularios e instancias estandarizadas. Se requieren buenos comunicadores u oradores que articulen expresiones con contenidos elaborados y especializados que refuerzan la pretensión, por ejemplo, son las contenidas en recursos, alegaciones, demandas, querellas, denuncias, audiencias, licencias, peritaciones, informes, etc.

En este flujo de relaciones institucionalizadas propio de las sociedades avanzadas, juegan un papel esencial la comunicación, sus formas y sus mecanismos. Los

profesionales que interactúan en esas situaciones en las que el Derecho entra en juego han de poseer unas habilidades específicas para articular discursos elocuentes más o menos elaborados, bien estructurados, conforme a unas reglas básicas del lenguaje cumpliendo ciertos protocolos y estilos propios de ese sistema para buscar la adhesión de los interlocutores a su pretensión. En ese propósito el deseable incremento de la educación social supera la ingenuidad de la *plebe* o del *hombre masa* orteguiano poco esforzado y bastante maleable a los vaivenes de las modas y gustos.³⁰⁴ Los juristas somos ciudadanos que han de ser mucho más esforzados, nuestra actividad forma parte de los logros institucionales de la sociedad a los que el Derecho da forma y sentido y nos debemos, en una competitividad feroz que obliga a los juristas, a tratar de ser mejores que los demás profesionales con los que concurren.

Al estilo de lo ocurrido en la Atenas clásica, el esplendor activa la necesidad de tecnificación de las interacciones humanas institucionalizadas, los profesionales que la dominan mejor son poseedores de un saber privilegiado que implica dominar algunos de los resortes esenciales de un entramado institucional tan hipernormativizado como el nuestro. Estamos ante una dinámica de mayor sofisticación en las nuevas técnicas de la comunicación institucional, así crece el interés de un nuevo arte de argumentar en Derecho, en el que sus teóricos pueden partir de las preguntas acerca del cómo se hace y para qué sirve argumentar.

Autores reconocidos han tratado de contribuir a revitalizar ese auge con nuevas teorías de la dialéctica y la retórica, unas disciplinas clásicas que desde los *Tópicos*, la *Retórica* y las *Refutaciones Sofísticas* de Aristóteles, hizo que los argumentos utilizados por los retóricos y sofistas, y su comprensión posterior los distinguiera de los razonamientos analíticos o deductivos de los *Primeros y Segundos Analíticos* de los que se ocupan los filósofos. La *dialéctica* y la *retórica* así entendidas han languidecido en un letargo histórico, la primera, diluida en la metafísica, la epistemología y la ontología, la segunda, postergada en la perspectiva literaria y las figuras de estilo, cuya finalidad principal era aprender los adornos del discurso. Algo que en cuanto perdió su interés para

³⁰⁴ Cfr. J. ORTEGA Y GASSET. (1966): “La rebelión de las masas.” 6ª ed., *O.C.*, *Revista de Occidente*, Madrid, 4, 113-311.

la reflexión filosófica, quedo como un florido instrumento, que ya no volvió a resurgir en el epicentro de la reflexión filosófica hasta una nueva reactivación, curiosamente traída por un nuevo interés despertado para los filósofos en la historicidad coyuntural de la filosofía de nuestro tiempo. Entre esos autores clave que pretenden apuntalar ese resurgir encontramos Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, al inicio de su obra más conocida *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica* nos dicen que:

“la retórica y la dialéctica griegas constituyen una ruptura con la concepción de la razón y del razonamiento que tuvo su origen en Descartes y que ha marcado con su sello la filosofía occidental de los tres últimos siglos.”³⁰⁵

La preminencia de los *Analíticos*, despojados de autoridad por el giro cartesiano, permitió tildar de dudoso todo el conocimiento demostrativo de la experiencia. Ello provocó que la razón y el razonamiento en lo público se trasladasen hacia algún lugar donde se sintiera más cómoda, este remanso será el “campo de la argumentación que es el de lo verosímil, lo plausible, lo probable, en la medida en que este último escapa a la certeza del cálculo.”³⁰⁶

Un autor de la trascendencia de Hans-Georg Gadamer en la filosofía contemporánea ha compartido esa línea y nos habla de esa necesidad de su recuperación, la de:

“devolver al concepto de *retórica* su verdadero alcance. Abarca cualquier forma de comunicación basada en la capacidad de hablar y que da cohesión a la sociedad humana, dándose cuenta de su tremenda utilidad en la vertebración y cohesión de la vida pública que se desarrolla con la comunicación.”³⁰⁷

La rehabilitación de la *retórica* supone para la teoría de la argumentación construir una teoría descriptivo racional de una nueva retórica determinando los puntos de partida de la argumentación y sus límites, así como un catálogo de técnicas de argumentación que directa o indirectamente nos aportan criterios para determinar cuáles son buenos o malos argumentos. Con este paso orientamos los prismas de la razón práctica a las nuevas

³⁰⁵ Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA. (1989): *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*. 5ª ed., Trad. Julia Sevilla Muñoz, Ed. Gredos, Madrid, p. 30.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 30.

³⁰⁷ H. G. GADAMER. (2015): *Verdad y método II*. Trad. Manuel Olasagasti, Sígueme, Salamanca, p. 310.

necesidades sociales, una *nueva retórica* que mejora frente a las malas prácticas que hemos ido repasando en los ejemplos de los epígrafes anteriores.

La *retórica* ha ampliado considerablemente sus campos de acción, se ha de estudiar como técnica para convencer eficazmente en política y derecho, en filosofía, religión, literatura, educación, etc., en cualquier ámbito en el que tenga lugar un discurso y un intercambio de opiniones con pretensiones en los oyentes, lectores o interlocutores. Su valor y utilidad social vuelve a estar en alza en estas comunidades políticas contemporáneas cuya vorágine de intercambios requiere de la agudeza verbal en la interacción, además de consensos ante los conflictos, que sustituyan el recurso a la fuerza, sobre todo si se pretende cuidar una opinión pública que en muchos casos crece al compás de lo que se oye y se lee en los variadísimos foros de opinión existentes.

La nueva ágora telemática pone la palabra y el discurso en muchos más lugares, se ha conformado como un espacio de *res publica* plagado de opiniones y comentarios en una dinámica de globalización, en la cual, cualquiera con unos mínimos conocimientos informáticos puede desplegar una *doxa* interconectada telemáticamente con otros opinadores. El debate de la inteligencia artificial viene tomando cada vez más fuerza en este ecosistema, algoritmos que calibran la opinión y los gustos, cualquier opinión expuesta en esos foros se abren paso predispuesta a ser comentada, reafirmada u objetada constantemente. La retórica se nutre de este ecosistema tan novedoso de posibilidades, reconfigurándose y adaptándose a las necesidades de los variadísimos auditorios que las demandan. Los teóricos de la argumentación hemos de chequearla y tratar de explicar cómo tiene lugar este fenómeno tan complejo, estudiado por la sociología, la psicología, la filosofía, el derecho y otras tantas ciencias sociales que se encuentra ante una difícil tarea. Cuestiones esenciales podrían versar acerca de cuál es su sentido y utilidad, interpretarla y tratar de comprenderla, aprovechando los instrumentales a nuestro servicio, fusionando los horizontes pasados con las necesidades presentes, para optimizar las posibilidades futuras de una habilidad tan cotizada y necesaria.

3.5.2 Las contribuciones de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca a la teoría de la argumentación

En la labor de rehabilitación de la retórica encontramos el *Tratado de la Argumentación: la nueva retórica* de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca,³⁰⁸ en el que tratan de restaurar una *nueva retórica*, no desde cero, sino aprovechando los impulsos del pasado en una tradición aristotélica desdibujada en la historia, que pretenden recuperar y mejorar adaptándola a las modas y necesidades presentes.

Esta reacción podríamos achacarla a muchas reacciones simultáneas u otras concomitantes de la modernidad: una lucha soterrada contra el racionalismo cientificista, el idealismo, el empirismo, el positivismo, tantos *ismos* como sinónimos de reduccionismos, que llevan a la necesidad de abrir un espacio práctico que llene los vacíos generados por los límites de la lógica formal demostrativa, de los razonamientos analíticos, de la lógica matemática, los problemas acerca de la verdad, las crisis axiomáticas, etc. Un cúmulo de desazones del pensamiento filosófico moderno cuyas reacciones en la contemporaneidad suponen el auge de los razonamientos *dialécticos* o *retóricos*, que se sitúan en el terreno de lo plausible y la opinión en la vocación por *persuadir*, que con estos autores permite implementarse al deseo de *convencer* a partir de razones.

Al acceder hermenéuticamente a los clásicos nos hemos dado cuenta de que ya no se puede acceder al sentido originario de los textos. En la actualidad los sentidos que los intérpretes les damos a los textos cambian, adaptados a los momentos históricos, la psicología social y el contexto de su interpretación. No es lo mismo el sentido que para Aristóteles y su tiempo tuvo la *Retórica* que, para los estoicos, Cicerón y su *Tópica* o en la actualidad se tiene de ella; también, los estilos y los gustos retóricos cambian, como la forma de estudiarla y trabajarla.

³⁰⁸ Cfr. Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA. (1989): *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*. 5ª ed. Trad. Julia Sevilla Muñoz, Ed. Gredos, Madrid.

La *retórica* no es sólo un símbolo de la prosperidad clásica, un arte pretérito a rescatar de las formas y los adornos del discurso que la modernidad permitió que se diluyera. Primero, por la metafísica –desde Parménides, Platón, Descarte, Kant, entre otros–, luego por las ontologías y las epistemologías o las teorías del conocimiento, para al final asfixiarla con las analíticas lógico-formales o trascendentales, las fenomenológicas u ontologías existenciaristas, en un marco heredero de una dialéctica trascendental, sea normativa post-kantiana, historicista o de cualquier reminiscencias de los estilos tratadistas, que tanto han aportado pero que, a la vez, también, tanto han relegado a esta disciplina desde la filosofía.

La filosofía racionalista o empirista cimentó el dominio de la razón científico-técnica, con sonadas derivas positivistas que nos alertó de los peligros de un derecho sin moral. Esa ciencia que huyó por materialista, prescriptivista o subjetivista de la justificación moral, se arroga un gran cupo de responsabilidad en las catástrofes sufridas en la primera mitad del siglo pasado. Es por lo que, en su segunda mitad del siglo más póstumo de la historia en costes humanos, surge la necesidad de reconstruir una razón práctica, crítica y renovada, con fin de llenar el vacío generado por ese ciclo inacabado de la conciencia y de la razón instrumental, precisamente, de la mano de los nuevos paladines de la filosofía contemporánea, el lenguaje y la comunicación, con sus revitalizadores enfoques que alimentan los derroteros de la filosofía práctica actual.

Este movimiento estratégico de retorno a la *retórica* no es un simple anhelo de nostálgicos anacrónicos, de imitadores de los esplendores pretéritos, sino que surge ante una clara necesidad coyuntural de encontrar mecanismos, primero, reconciliadores entre tradiciones contrapuestas, después, transformadores de la sociedad, aportando instrumentos útiles para la crítica y la senda del progreso social. Un desarrollo que deviene cada vez más institucionalizado y normativizado, que no sabemos en qué grado corrige las desigualdades o las aumenta, y que requiere a su vez de más discursos públicos y mejores frente a la gran competitividad reinante en esos espacios públicos con un gran requerimiento de especialización.

Ante ese panorama social, la nueva retórica introducida por Perelman y Olbrechts-Tyteca denota una sagaz capacidad por conciliar el giro lingüístico de la filosofía, sincretizado en la tradición retórica aristotélica, mejorada con las nuevas necesidades

prácticas, que permite dotar de una brillante fuerza legitimadora al discurso público. Perelman, por ejemplo, manifiesta que su teoría de la argumentación pretende hacer un estudio de:

“los medios discursivos que sirven para conseguir adhesión del auditorio, por lo que, sólo se examina la técnica que empleará el lenguaje para persuadir y para convencer,”³⁰⁹ o mejor dicho “el estudio de las técnicas discursivas que permiten provocar o aumentar la adhesión de las personas a la tesis presentada para su asentimiento,³¹⁰ una posición para la que es imprescindible no confundir “los razonamientos relativos a la verdad y los que se refieren a la adhesión.”³¹¹

Estos presupuestos se sitúan como puntos de partida de un proyecto teórico que parte de esquemas clásicos olvidados, para revitalizarlos adaptándolos a las nuevas necesidades de la vida pública presente, es decir, transitamos de aquella *retórica* clásica entendida aristotélicamente como el arte de persuadir eficazmente al auditorio aprovechando todos los medios disponibles hacia una *nueva retórica*, depurada, que trata de implementar los modelos aristotélicos, de Cicerón y la tradición retórica en la historia, para estudiar la estructura argumentativa de los discursos, en concreto, las técnicas discursivas que provocan la adhesión, implementada con ese verbo que la ensancha y llamamos “convencer” que, evidentemente, se llevará a cabo bajo algún modelo de racionalidad argumentativa. Es una forma ingeniosa de enfocar la filosofía práctica, huir del cientificismo y la ciencia empírica, al presentar la argumentación como un instrumento para resolver los conflictos humanos desde la razón, en la argumentación y la comunicación.

Lo que a Perelman le interesa son los mecanismos argumentativos que permiten la formación de la opinión de los *auditorios*, es decir, las formas en cómo estos se adhieren o rechazan las controversias dialécticas. Este giro práctico de la contemporaneidad, al recuperar la retórica entre las disciplinas filosóficas, permite revitalizar para la filosofía el análisis racional de los métodos persuasivos que buscan con su implementación la adhesión razonada de los auditorios. Lo interesante de estos razonamientos dialécticos, inspirados en la tradición de los *Tópicos* frente al

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 39.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 34.

³¹¹ *Ibid.*, p. 35.

razonamiento formal silogístico de los *Analíticos*, es que no dan por cierto o verdadero lo expresado y admiten pruebas en contrario, reposando su virtud epistémica en el procedimiento que se produce en ese intercambio de opiniones encontradas en la justificación razonable. Su objetivo es persuadir o convencer, no someter la argumentación a las reglas de las inferencias válidas de la lógica, por ello, se apoyan en algo tan variable como la *opinión* y no en la verdad. Los razonamientos por argumentos presentan argumentos fuertes o débiles, lo cual, hace que sean más o menos persuasivos para el auditorio que se pretende adherir. Si Perelman considera el razonamiento jurídico como paradigma del razonamiento práctico,³¹² en sus últimas obras comienza a hablar de una retórica general y una especializada, referenciando su libro de lógica como un ejemplo de retórica aplicada de los juristas.³¹³

Aparte de esos últimos giros de su obra, en nuestra perspectiva *neuro* y de lo mental que venimos manejando, a pesar de que a Perelman le interese la estructura, la lógica de la argumentación y no, por ejemplo, los aspectos psicológicos de la misma, nosotros sí encontramos interesante el análisis de algunos aspectos mentales en una de sus categorías claves, la de *auditorio*, que es una de las más conocidas, donde se da un entorno cognitivo en el dar y recibir del discurso argumentativo, que merece la pena hacerle un inciso de estudio concreto por su enfoque mental.

3.5.3 El auditorio un entorno cognitivo creativo para el jurista

La aportación de Perelman, conforme nos dice en su tratado, gira en torno a “las pruebas que Aristóteles llama dialécticas, que examina en los *Tópicos* y cuyo empleo muestra en la *Retórica*.”³¹⁴ La inspiración que toma en los clásicos para su proyecto filosófico parte de la “dialéctica concebida por el propio Aristóteles como el arte de

³¹² Cfr. Ch. PERELMAN. (1962): “Ce qu’une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe.” *Archives de Philosophie du Droit. Sirey, París, vol., 7.*

³¹³ Cfr. Ch. PERELMAN. (1986): “Introduction” *Practical Reasoning in Human Affairs. Studies in Honor of Chaim Perelman.* (eds.), Golden, James L. y Pilotta, Joseph J. Ed., Reidel, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo.

³¹⁴ Ch. PERELMAN. (1989): *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica. op. cit., p. 35.*

razonar a partir de opiniones generalmente aceptadas.”³¹⁵ Un terreno que nos sitúa en la *en-doxa* aristotélica, es decir, el valor de las opiniones preexistentes, aquellas proposiciones que parecen verdaderas a todos o a los más sabios, y de estos, también, a todos o a la mayor parte o a los más conocidos o famosos (Aristóteles, *Tópica* I, 1, 5, 3). Perelman trata de ver cómo tiene lugar ese proceso y aprovecharse de las cualidades de una *doxa* que establece una conexión comunicativa entre el que la emite y la acepta.

Estos presupuestos o puntos de partida de su *nueva retórica* le permiten construir, en su teoría de la argumentación, una clasificación de los argumentos a partir de un análisis descriptivo de cómo éstos tienen lugar, aportando en su obra un amplio catálogo de técnicas argumentativas. En ese proyecto intelectual se dan tres categorías esenciales: el discurso, el orador y el auditorio, donde la categoría de *auditorio* es una de las estrellas de su sistema. La argumentación no se da en abstracto, sino en un auditorio concreto con unos intereses bien definidos y con inclinaciones epistemológicas y emocionales, que para entenderlas en profundidad parecen requerir de profundos estudios psicológicos, sociológicos, etc.

El *auditorio* es una categoría ideal impersonal, largamente discutida. Para él “toda *argumentación* se desarrolla en función de un auditorio,”³¹⁶ siendo “el conjunto de aquellos sobre los cuales el orador quiere influir con su argumentación.”³¹⁷ Para entenderlo mejor hay que distinguirlo de cómo lo entendió Aristóteles, un discurso que iba dirigido a un auditorio concreto y particular, al que se quiere persuadir. Un ejemplo típico lo vimos en el género discursivo *epidíctico* –discurso fúnebre de Marco Antonio–, donde el *orador* se dirige hacia un auditorio no especializado, tratando de persuadir, y el cual no puede seguir razonamientos complicados, es decir, para Aristóteles está compuesto por “una muchedumbre de ignorantes.”³¹⁸ En cambio, Perelman pretende darle un mayor valor epistemológico al auditorio al dirigir su modelo de racionalidad argumentativa al de un modelo de argumentación filosófica, que va dirigido a un auditorio ideal y universal al que se quiere convencer.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 35.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 36.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 55.

³¹⁸ *Cfr.* ARISTÓTELES. *Retórica*. 1357a 1-3.

La virtud de su concepción es retomar estas disciplinas y categorías clásicas revitalizándolas o actualizándolas respecto a las necesidades presentes ayudado por la visión histórica, al fusionar diferentes horizontes interpretativos, adaptando las categorías clásicas a las necesidades prácticas de su tiempo, en una mixtura que enlaza con los avances en comunicación y filosofía del lenguaje. Su ampliación supone que el discurso puede dirigirse tanto a los auditorios especializados como a los no especializados, –eso ya estaba en la clasificación aristotélica–, pero él prefiere darle una preminencia a un tipo de auditorio, que pretende fijarlo en un ideal más ambicioso, ya que busca, al igual que ocurre en el discurso filosófico –y su *Tratado*–, dirigirse a un *auditorio universal*, que englobe a sabios e ignorantes. Las expresiones técnicas no suelen interesar o son más difíciles de entenderse por todos, y si les rebajas el nivel de su contenido para adaptarlo a ese foro universal, pierde las cualidades técnicas, que es lo que solemos requerir de los especialistas en cualquier ciencia o saber, siendo un componente esencial que hace avanzar el discurso racional o científico o el conocimiento en general desde la perspectiva científico-técnica.

El discurso ha de tratar de convencer mediante la razón, ha de ser el elemento vertebrador que conforma ese auditorio y recibe esos discursos, interpelaciones, opiniones, los entiende y se adhiere u objeta razonadamente. Mientras que en el razonamiento demostrativo busca su validez a través de las reglas de inferencia, en el razonamiento por argumentos lo determinante es la intensidad de la adhesión del auditorio, que varía dependiendo de la fuerza de los argumentos y las razones, reforzando o debilitando la adhesión.

El problema es que el orador suele centrarse en demasía en la adhesión y no en las condiciones previas a la argumentación, por ejemplo, las condiciones previas a un tipo de comunicación en un discurso de un Presidente del Gobierno en un Parlamento. La institución facilita el foro y configura una determinada cognición y predisposición, el discurso de esta reconocida figura institucional en un Estado se entiende dirigido universalmente a toda la ciudadanía –los medios de comunicación en sus diferentes formas lo difunden–, pero, también, este discurso está dirigido *in situ* a todos los diputados de ese hemiciclo. Encontramos frente al auditorio universal un auditorio determinado, al que pudiera ir dirigido expresamente su contenido y la retórica ajustada

a su persuasión, porque estratégicamente se busca el respaldo de sus votantes o de los diputados afines que le tienen que aprobar una propuesta legislativa,³¹⁹ “el orador piensa de forma más o menos consciente, en aquellos a los que intenta persuadir y que constituyen el auditorio al que se dirigen sus discursos.”³²⁰

Si toda argumentación pretende la adhesión de los individuos del auditorio entonces, el *auditorio* es una construcción mental o hipotético-mental a la cual se dirige el *orador*, por lo que tiene un cierto conocimiento y empatía con él. En ese presupuesto encontramos una relación psicológica del entorno cognitivo o situación argumentativa de ese auditorio. Perelman en ese aspecto habla de auditorio como construcción del orador y la adaptación del orador al auditorio, evidentemente, supone una necesidad de “conocimiento, por parte del orador, de aquellos cuya adhesión piensa obtener es, pues, una condición previa a toda argumentación eficaz.”³²¹

Esta descripción del fenómeno retórico-comunicativo en el *auditorio* implica una vertiente ontológico-cognitiva, es decir, una teoría del conocimiento o epistemología acerca de la predisposición o del cómo se accede a ese conocimiento o de qué tipo de conocimiento se obtiene, y cómo se utiliza estratégicamente para conseguir la adhesión.

Todas estas implicaciones mentales nos enseñan que la argumentación en el foro público no se da en abstracto, sino en un auditorio concreto, con intereses bien definidos, con determinadas inclinaciones epistémicas, psicológicas y emocionales. En la concepción perelmaniana todo orador que quiera adaptarse a un auditorio particular necesita conocer qué convicciones, ideas o creencias lo caracterizan. Esa alteridad necesita de una estimativa del otro, lo veremos en la hermenéutica gadameriana y en Paul Ricoeur. Esta cualidad del auditorio a estudiar la ve como una ardua tarea encargada a la sociología y la psicología, envuelta en el tradicional problema de la subjetividad y de tratar de reducir los gustos y deseos a criterios generales, que Perelman nos lo explica con la psicología del Gestalt.³²²

³¹⁹ Ch. PERELMAN. (1989): *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica. op. cit.*, p. 54.

³²⁰ *Ibid.*, p. 55.

³²¹ *Ibid.*, p. 55.

³²² *Ibid.*, p. 57.

Los tres tipos de discurso aristotélicos –deliberativo, judicial y epidíctico– se presentan claramente insuficientes ante las nuevas necesidades del discurso contemporáneo. Los discursos van dirigidos a una gran heterogeneidad de auditorios:

“se puede dividir de forma ideal al auditorio en función de los grupos sociales a los que pertenecen los individuos (por ejemplo: políticos, profesionales, religiosos) o según los valores a los que se adhieren ciertos oyentes.”³²³

Como vimos en los ejemplos de mala retórica, Perelman entiende que estos auditorios “se pueden condicionar por diversos medios: música, iluminación, tono demagógico, decorado, control teatral,”³²⁴ que incluso los adelantos técnicos pueden ampliar considerablemente las posibilidades de sugestión. En esa línea se abren interesantes debates en neurocomunicación, neuromarketing, neuropolítica, neuroderecho, neuroretórica, etc.

Ante la muestra de la gran heterogeneidad de auditorios, matices, formas sugestivas, ideas, creencias y gustos de sus integrantes, al autor le interesa establecer una “técnica argumentativa que se impusiera indiferente a todos los auditorios o, al menos a todos los auditorios compuestos por hombres competentes o razonables.”³²⁵ Este auditorio ideal universal se confronta a los *auditorios particulares*, que son infinitos y variables. El *auditorio universal* elegido se reduce a estos hombres con la cualidad de ser competentes o razonables, algo muy difícil de determinar, si se apela a una razonabilidad universal, ampliamente discutida en el problema del subjetivismo, por eso se fija en la intención que universaliza de cada tipo de auditorio: según su criterio en el auditorio particular se trata de persuadir, en el auditorio universal lo esencial es tratar de convencer.

Lo interesante, más que encontrar un auditorio ideal perfecto para todos, en el cual podamos identificar una mejor forma de argumentar que otras, es conectar la ontología o universalidad del proceso que describe con la ontología de la experiencia hermenéutica de la *compresión*, que profundizaremos en el siguiente capítulo. Nos habla Perelman que durante y al final del discurso, el auditorio ya no es exactamente el mismo que al principio, un hecho ontológicamente similar a lo que ocurre en la experiencia hermenéutica

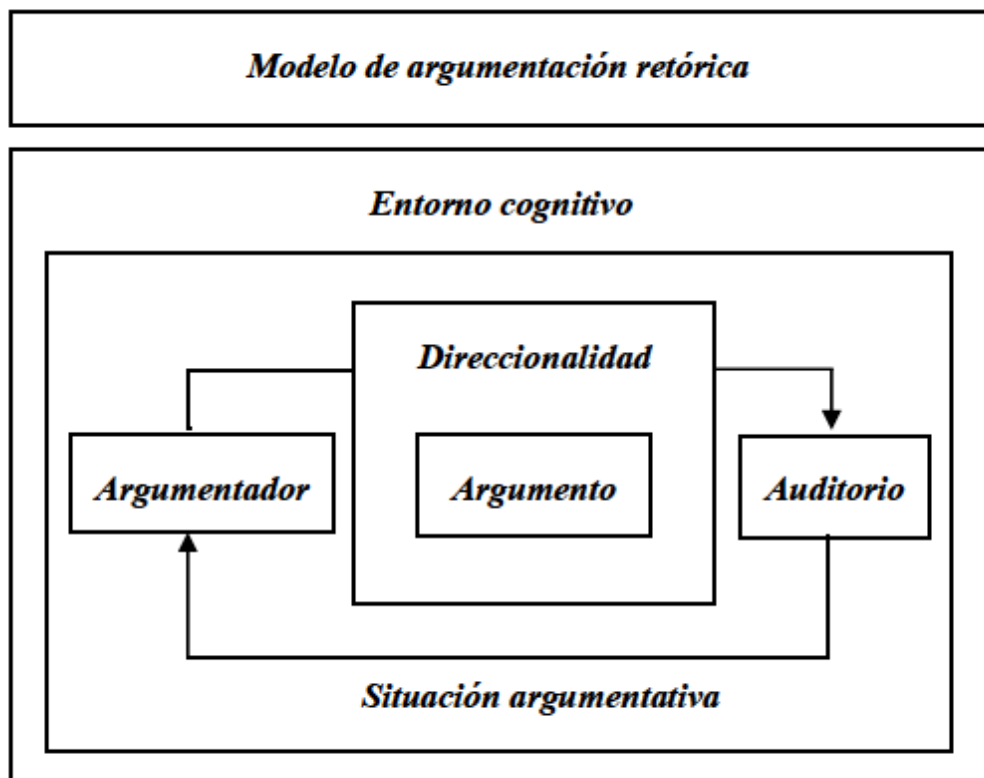
³²³ *Ibid.*, p. 59.

³²⁴ *Ibid.*, p. 60.

³²⁵ *Ibid.*, p. 65.

gadameriana, porque la experiencia de la comprensión que se da al argumentar dialécticamente nos imbuye en un proceso transformador.

Este *auditorio ideal* no es una categoría empírica, sino ontológica de la comprensión, en su descripción vemos una *circularidad* –problema tradicional de la hermenéutica a la que Gadamer intentará dar un tipo de respuesta con su fusión de horizontes–. Porque, en su categoría, no es sólo que estemos ante una necesidad de adaptación del orador al auditorio –conocer sus opiniones, gustos y creencias– sino, también, del discurso al auditorio. El modelo de argumentación retórica propuesto favorece la doble direccionalidad, abriendo el auditorio a la dialéctica, así se torna más atractivo en cuanto a su encaje con el discurso. El mensaje y el auditorio interaccionan, este último con el juego dialéctico puede dejar de ser pasivo, actuar críticamente y con sus objeciones reconfigurar el discurso, el orador hace ajustar su retórica y los contenidos del discurso al auditorio que no percibe pasivo:



La determinación ontológica de estas cualidades bidireccionales del *entorno cognitivo* de la argumentación nos permite describir un modelo de argumentación retórica, donde el espacio mental de la comprensión se configura en el juego dialéctico de los argumentos predispuestos en la doble direccionalidad dentro de la situación argumentativa. Lo determinante para esa categoría ideal en la procedimentalidad argumentativa de Perelman es que los *auditorios* implican un papel normativo que permite saber si un argumento es convincente o no, en tal construcción ideal de los *auditorios* en su concepción, uno lo sitúa en una posición más privilegiada que el otro:

“en la práctica habitual como en el pensamiento filosófico:

1. El *primero*, constituido por toda la humanidad o, al menos, por todos los hombres adultos y normales y al que llamaremos *auditorio universal*;
2. El *segundo*, formado, desde el punto de vista del diálogo, por el único interlocutor al que nos dirigimos;
3. El *tercero*, por último, integrado por el propio sujeto, cuando delibera sobre o evoca razones de sus actos.”³²⁶

En el segundo y tercer caso, cuando encarnan el *auditorio universal* adquieren el privilegio normativo de la razón –discurso lógico se le suele llamar– pero, en el tercer caso, al deliberar internamente y dialogar con un único interlocutor suelen percibirse como auditorios particulares precarios, por lo que, en su concepción el *auditorio universal* nos dice que tiene “la importancia primordial [...] en tanto que norma de la argumentación objetiva.”³²⁷

En este caso vemos su preminencia por la categoría del *auditorio universal*, que determina el proceder del orador, ya que su distinción hace “llamar *persuasiva* a la argumentación que sólo pretende servir para un *auditorio particular*, y nominar *convincente* a la que supone que obtienen la adhesión de todos ante esta razón”.³²⁸ En uno se trata de *persuadir* con la retórica, en el otro, se pretende *convencer*, vinculado a la

³²⁶ *Ibid.*, p. 70.

³²⁷ *Ibid.*, p. 71.

³²⁸ *Ibid.*, p. 67.

generación de convicción, un esfuerzo mental que aparte de la retórica requiere de buenas razones, de ahí su estatus y categoría preminente en su concepción.

En cuanto a las virtudes y defectos del este modelo argumentativo dirigido a un auditorio universal, en el plano de las ventajas encontramos que esta categoría nos da criterios válidos para el mayor número. Nos dice el profesor Atienza que puede llevar al concepto de imparcialidad,³²⁹ puesto que el auditorio universal y su presunta imparcialidad nos dan criterios de justicia. Ese criterio de justicia, entendido como imparcialidad, podemos encontrarla en el sentido de auditorio judicial visto desde la óptica del juez, pero uno de los inconvenientes es que no sólo en perspectiva universal debemos tratar de convencer, sino que, en el foro específico o particular del Derecho, también hemos de buscar ese cometido, por requerimiento del ordenamiento jurídico en su racionalidad material y procedimental.

Otro de los problemas de la categoría de *auditorio* en Perelman es que éste presenta a sus miembros rendidos al orador, que aceptan o rechazan el discurso. En el púlpito, las reglas de intervenciones de sus miembros sólo suelen introducirse en pequeños acotamientos, por ejemplo, en ruegos y preguntas. El hilo argumental lo tiene bien definido el orador que suele temer salirse de su guion preestablecido provocado por las interpelaciones de contrario. No suele existir un diálogo constructivo en condiciones de simetría para llegar a los deseados acuerdos en el proceso de diálogo.

Para calibrar la fuerza de los argumentos Perelman habla de su adaptación al auditorio, por ser *eficaz* –elemento descriptivo– y *válido* –elemento normativo–, que en la práctica nos lleva a la distinción entre argumentos débiles y fuertes.³³⁰ En cambio, en el modelo de Habermas hay un diálogo constructivo en condiciones de simetría para llegar a los acuerdos, ya sean de mínimos o máximos, en las reglas de la procedimentalidad de la ética discursiva.

En Perelman el discurso del auditorio universal destinado al oyente razonable es el reivindicado por la filosofía. El problema de este auditorio es el ser pasivo, y al no

³²⁹ M. ATIENZA. (2005): *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica. op. cit.*, p. 113.

³³⁰ Ch. PERELMAN. (1989): *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica. op. cit.*, p. 705.

replicar sigue imperando la persuasión, a pesar de que el criterio sea de un oyente razonable y el orador adapte su discurso a él. Pero en esta descripción de la racionalidad discursiva, no estamos ante un verdadero debate o intercambio de opiniones, ni se da la reciprocidad, ni las condiciones de simetría, por esos motivos el diálogo no es completo. Los oyentes ideales no existen, sino innumerables tipos de oyentes con afinidades comunes o divergentes, cuanto más se va reduciendo el auditorio –en la dinámica del particular–, sea de gremios, por niveles formativos o intelectuales de sus integrantes, gustos, ideas o creencias. De esta forma el discurso se puede hacer más preciso y se va adaptando y regulando, si es que estamos llevando el proceso discursivo al terreno del intercambio bidireccional conforme al modelo de argumentación retórica mencionado.

Aunque construyamos un auditorio universal inspirado en la filosofía, nos adaptamos mejor como oradores a los auditorios específicos, pues en la filosofía no hay sólo un determinado grupo de oyentes universales, sino muchos tipos englobados en las diferentes tradiciones, gustos o en lo institucional de la academia filosófica, Universidades, departamentos, etc., es decir, en los medios institucionales capaces de favorecer, absorber, divulgar y posibilitar su debate. De hecho, nos dice Perelman, que los instrumentos de comunicación son las “instituciones, las que faciliten y organicen el contacto intelectual,”³³¹ algo que los oradores parecen olvidar.

El auditorio específico predetermina unas condiciones específicas del discurso en el momento de su conformación en la reflexión interna y en la expresión. En ambos casos la construcción que quiere hacerse pública piensa en el oyente o lector, que es el criterio normativo que lo hará inteligible, que guste y se sienta persuadido eficazmente, que se adhiera a su corriente de opinión o la reúse o contradiga si es lo que busca el orador y el objetor, y no la mera provocación. Otra crítica que podemos hacerle a su modelo argumentativo es que, si se busca primordialmente la adhesión, qué ocurre con un discurso provocador, que sólo busca incentivar las objeciones como punto de partida para favorecer un tipo de conocimiento generado por construcción colaborativa, y que pretende poner de relieve los posibles equívocos.

³³¹ *Ibid.*, p. 53.

El método universal inspirado en el discurso filosófico difícilmente podemos trasladarlo a los ejemplos dialécticos que se dan en el Derecho práctico ante las instituciones, tan especializados y particulares. Si la práctica jurídica se debe al auditorio particular a los teóricos de la argumentación jurídica todavía les queda mucho para describir el proceso racional que se da en la comunicación del Derecho, y más todavía para sintetizar en unas pocas reglas las mejores técnicas que nos pueden ayudar a diferenciar los buenos de los malos argumentos en Derecho. A pesar de la enorme tarea propuesta, cada aportación ayuda a mejorar una profesión que necesita de constantes impulsos que ofrezcan soluciones a las problemáticas de su día a día práctico. Sigamos avanzando, aprendamos de estas aportaciones en tanto que nos abren a diferentes formas de pensar las cuestiones suscitadas, hagámoslo con una actitud crítica formando parte de ese auditorio específico de la teoría de la argumentación jurídica que engrandece el diálogo desde la posición de un intérprete activo.

3.5.4 Retórica versus neuroretórica

En el avance de los estudios en retórica y dialéctica uno de sus últimos enfoques novedosos lo encontramos cuando llevamos la reflexión al terreno del paradigma *neuro*, disertando algunas de sus posibles ventajas e inconvenientes. De la gran atracción de todo lo relacionado con los neurocientífico, en la *neuroretórica* encontramos una categoría del todo novedosa que, no sólo está centrada en los estudios empíricos de la forma en cómo los sujetos se relacionan con el lenguaje y ejercen la comunicación en la visión retórica, sino también podemos interesarnos desde ella cuando se trata de analizar la forma en cómo argumentan los juristas en su práctica cotidiana.

La *neuroretórica* inaugura una nueva constelación de implicaciones epistemológicas, ontológicas y psicológicas para la retórica. En el artículo del profesor Francisco Arenas titulado *¿Qué es la neuroretórica?*³³² junto a las interesantes

³³² F. ARENAS. (2013): “¿Qué es la neuroretórica?” *Daímon*, 58, pp. 69-80, referencias: J. JACK. (2010): “What are neuroretorics?” *Rhetoric Society Quarterly*, 40, 5, pp. 405-410; D. GRUBER, J. JACK, L. KERANEN et al. (2011): “Rhetoric and the neurosciences: Engagement and exploration” *Poroi*, 7, 1, [en

referencias bibliográficas que recoge (Jack, 2010), (Gruber, 2011) o (Mays, 2012) nos da pistas de dos tipos posibles de campos de acción en *neurrorretórica*: el primero, enfocado al estudio de la neurociencia de la retórica, que afectaría a las funciones cerebrales relacionadas con la persuasión y argumentación; el segundo, el de la retórica de los hallazgos neurocientíficos, que en el discurso de la neurociencia suele utilizar una retórica bastante persuasiva reforzada por la autoridad científica; a estas dos orientaciones iniciales, podríamos añadirle alguna más, por ejemplo, el estudio del entorno cognitivo de la argumentación retórica, es decir, el lugar donde estamos tratando de ver las implicaciones psicológicas del escenario argumentativo –auditorio– que se da en el Derecho, presentado como un espacio mental de interconexión lingüística e intersubjetiva con una cognitividad muy específica.

Ante una previsión tan novedosa de los enfoques neurrorretóricos debemos estar alerta y tomar las debidas cautelas. De ello nos alertan las autoras (Mays y Jung, 2012), las cuales nos previenen de no caer persuadidos acríticamente a la opinión que guía el discurso, rendidos al fuerte impacto seductor de la retórica neurocientífica, porque el lenguaje neurocientífico y las construcciones retóricas de la neurociencia tratan temas tradicionalmente conflictivos de la epistemología, por ejemplo, la figura de la *agencia* o cuestiones relativas al *aprendizaje* de una forma demasiado confiada, sin tener en consideración que no resulta tan fácil trasladar esas problemáticas a las visiones empíricas. Éste es uno de los focos principales de actuación de las neurociencias –buscar soluciones vía la naturalización de las problemáticas endémicas de la epistemología–, por ello, en opinión de las autoras se ha de estar atentos para evitar el reduccionismo neurocientífico y motivar una interdisciplinariedad responsable que no traicione el sentido de la retórica.

En mi opinión creo que ha de conciliarse un equilibrio entre la visión que, por un lado, pretende acercarse empíricamente a las innovaciones de las investigaciones sobre el cerebro y la mente, por otro lado, con la visión tradicional de la retórica, que ha de seguir enriqueciéndose y adaptándose a las necesidades prácticas presentes. Lo vimos en el

línea], <http://ir.uiowa.edu/poroi/vol7/iss1/11> [consulta: 2/12/2020]; Ch. MAYS and J. JUNG. (2012): “Priming terministic inquiry: toward a methodology of neurorhetoric.” *Rhetoric Review*, 31, 1, pp. 41-59.

estudio de la neurociencia y el neurolaw, sus ventajas e inconvenientes, su pluralidad epistemológica o en este último caso con la nueva retórica de Perelman y Olbrechts-Tyteca que, por ejemplo, interpretaban la tradición, ampliaba los tipos de discursos frente a la clasificación limitada de la tradición clásica, así como pretendía ofrecer una clasificación y definición de los tipos de los auditorios en relación a los destinatarios desde una perspectiva racional, sin entrar en un análisis empírico psicológico, sociológico, neurocientífico, etc., de los auditorios o los usos del lenguaje y la comunicación.

Un tema tremendamente recurrente al pensar críticamente el fenómeno neurocientífico es tratar de darnos cuenta de sí estamos ante un discurso que pudiera incurrir en deficiencias desde un punto de vista evaluativo. Para ello, nos aprovechamos del instrumental que nos está proporcionado el estudio relativo a las diferentes teorías de la argumentación que estamos viendo a lo largo del capítulo. Los criterios evaluativos mostrados nos sirven de utilidad para abordar cuestiones acerca de sí en la retórica de los hallazgos neurocientíficos pudieran contenerse argumentos falaces. En muchas ocasiones, esta ciencia parte de premisas comúnmente aceptadas. Un problema clásico es el de las premisas implícitas, una de ellas es la referida a la autoridad epistemológica y metodológica que se le presuponen a sus discursos y que le infiere una gran fuerza persuasiva, *argumentum ad verecundiam*. Estamos ante una fuerte apelación a la autoridad científica, que suele arraigar en la conciencia común de su éxito y la confianza por los logros anteriores de la ciencia gracias a sus métodos sustentados en el convencionalismo asentado en la comunidad científica.

En los discursos neurocientíficos su vocabulario técnico empleado, en ocasiones enriquecido por la retórica de la cuantificación numérica de las experimentaciones empíricas, favorece la eficacia de la persuasión para la adhesión a la opinión formulada por sus resultados o conclusiones. Además, existe una admiración por el instrumental empleado –lo vimos relativa a la ingeniería cerebral–, en un discurso que suele recoger un tono elocuente de seguridad y convicción en la información que transmite. Todos estos elementos incrementan la intensidad persuasiva y refuerzan las razones expresadas, unas son juegos retóricos otras aportan razones de peso suficientes para lograr convencernos y generarnos convicción en lugar de opinión.

Los elementos de este manual de estilo en la forma en cómo se construyen los artículos y se citan como fuente de autoridad, lo vemos en las presentaciones orales, ruedas de prensa o conferencias, congresos, etc., hacen que las retóricas de los estudios neurocientíficos se aproximen en cierto modo a un sentido aristotélico de tratar de encontrar para cada situación concreta los medios más eficaces para lograr una persuasión eficaz. La retórica que se presenta tan concluyente empíricamente optimiza su capacidad para lograr la adhesión eficaz de los auditorios. Si fuéramos neurocientíficos –con mayor solvencia formaríamos parte de uno de sus auditorios particulares– podríamos objetar con propiedad, pero al ser legos en neurociencias y teóricos de la argumentación y conocedores de la historia de la retórica, estamos aplicándole un análisis evaluativo desde fuera, ayudados con otros bagajes como los de la teoría de la comunicación y el lenguaje, la ontología o el saber de la filosofía en general.

La meta-reflexión se puede dar sobre la disciplina, sin ser expertos en la materia, desde fuera, con otra visión de conjunto y desde los matices críticos desde donde planteamos los problemas, que no suele hacerse el técnico en la materia inmiscuido en el quehacer de su disciplina. Por ejemplo, desde las posibilidades que te confiere el foro científico argumentas sobre retórica utilizando el prestigio del término *neuro*, que consigue revestir los conceptos de tu discurso de un alto grado de autoridad: ¿Estaríamos ante un refuerzo o una debilidad para el tratamiento de una materia que confronta lo novedoso con el bagaje histórico?. Una respuesta posible se centraría en evaluar los discursos neurocientíficos, desde los criterios evaluativos que nos va proporcionando la tradición. Lo que aprendimos de Aristóteles, Perelman o de la tradición crítica y el giro práctico o argumentativo de la razón, una de sus conclusiones más útiles es que la *doxa* transita de la mera intención por persuadir a la más actualizada entre sus exigencias, es decir, la necesidad de tratar de *convencer*, algo que se consigue con buenas razones y buenos razonamientos, aquellos que pueden ser contrastados y debatidos por un auditorio crítico de oyentes y lectores. El mantenerse en una posición de pensador crítico permite al que ejerce dicha actitud frente a los discursos –sean ante un auditorio universal o particular– mostrarse atento de que, por ejemplo, la retórica neurocientífica no contenga argumentaciones no válidas y falaces –examinados formal y materialmente– y que sus procedimientos racionales de argumentación favorezcan los intercambios de opiniones y respondan a ciertos estándares o criterios de corrección racional. En esa labor de

evaluación crítica de una discusión racional encontraremos parte de las virtudes de lo que queremos mostrar con el siguiente epígrafe.

3.6 De la *dialéctica* y *retórica* aristotélica a la *pragmadialéctica* en el discurso jurídico contemporáneo: Stephen Toulmin, Frans van Eemeren y Rob Grootendorst

La *dialektike* en su etimología griega conecta dos palabras con una amplia tradición, la del *diálogo* con la de *técnica*. En el derecho práctico que se da cotidianamente ante la Administración se dan numerosos diálogos que requieren de un alto grado de especialización técnica, tanto para sus contenidos como en sus formas retóricas, no sólo se da en el discurso –oral o escrito– expuesto por sus profesionales en el foro público, también en las conversaciones y las negociaciones, sean preparatorias o de introducción o de desarrollo de las pretensiones jurídicas ante los auditorios públicos. El uso del lenguaje que hacemos nos proporciona un valor epistemológico que encontramos en el proceso de búsqueda de salidas a las disputas o las controversias de opinión.

En la aproximación desde el pragmatismo, uno de sus referentes clásicos de la década de los años 50s fue Stephen Toulmin un autor que nos da una buena idea general de lo que supone esta concepción dentro del giro práctico de la filosofía:

“El *pragmatismo* es el nombre de una actitud mental en el que el valor de la teoría se juzga por el grado en que esta teoría puede ponerse en práctica, en que cabe efectuarse con ella cambios para el bien de los hombres. Y es por esto por lo que pienso que el pragmatismo es un paso en la recuperación, en la reapropiación de la filosofía práctica que jugó un papel tan grande en el pensamiento europeo anterior a Descartes.”³³³

Entonces, de acuerdo a esta manifestación de qué serviría teorizar sobre teorías, si éstas no pueden ponerse o sirven para la práctica. En el *pragmatismo* estamos en una posición de intermediación, donde lo pragmático del pensamiento filosófico y la pragmática del lenguaje, valga la redundancia, se puede encontrar la una con lo otro, tratando de poner en contacto a los sujetos con el instrumento que les sirve para la comunicación. El *lenguaje* a los actores de la comunicación les permite construir los objetos conceptuales que pueden transformar la realidad social cuando hacemos cosas

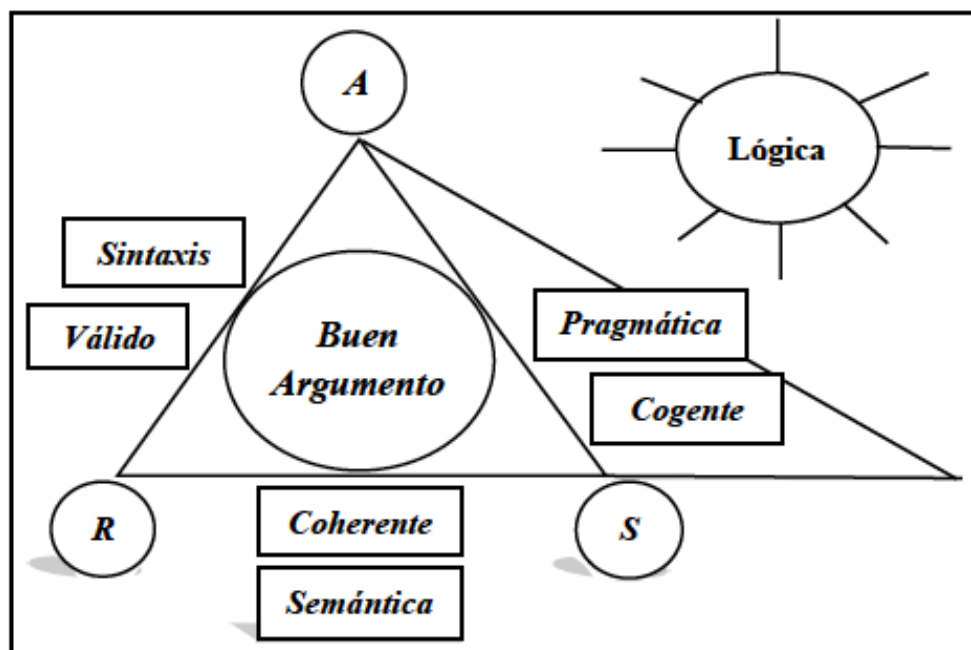
³³³ M. ATIENZA y M. JIMÉNEZ. (1993): “Entrevista con Stephen E. Toulmin.” *Doxa*, Universidad de Alicante, 13, pp. 352-355.

con las palabras, para lo cual, sí la ética aplicada está atenta en su parcela de cometidos será un proceso de transformación pasado por el filtro moral.

La *pragmadialéctica* como disciplina novedosa pretende aunar lo que le interesa del diálogo y las técnicas o usos del lenguaje para desplegarlo en una categoría multiabarcante. La aportación de la perspectiva pragmadialéctica tiene un gran reconocimiento en la teoría de la argumentación. Nos suministra, por ejemplo, en el campo de la argumentación jurídica criterios de corrección en los usos del lenguaje y los procesos de comunicación jurídicos –un enfoque, eminentemente, *pragmático*–, ya que nos aproxima a una concepción dialéctica de la razonabilidad argumentativa, que desde las perspectivas analítica y la dialéctica formal nos ayuda a dibujar una visión crítica de los discursos. Este enfoque supone un movimiento con un alto valor práctico, sí lo que queremos es resolver o describir cómo se suelen o pueden resolver las diferencias de opinión y ver los procedimientos e interacciones que se llevan a cabo, tratando de establecer unos criterios racionales que reconozcamos para esa corrección.

Ante estas tareas podemos enfrentar el Derecho ante su día a día cotidiano. Una forma de aspirar a ese ideal es acercarlo a un modelo evaluativo de *nitidez* argumentativa que nos sirva de criterio de validez para la evaluación de los discursos del derecho práctico. En ese sentido, un ejemplo es el test de nitidez, que podríamos hacerlo a partir de tres criterios evaluativos bastante intuitivos: la *relevancia* (*R*), la *aceptabilidad* (*A*) y la *suficiencia* (*S*), que podemos representarlo en un diagrama piramidal que los relaciona con los tres dominios clásicos del lenguaje sintáctico, semántico y pragmático:

MODELO DE NITIDEZ ARGUMENTATIVO



Los ejercicios evaluativos los realizamos para llegar a la *aceptabilidad* (A) de los argumentos, en la cúspide del diagrama piramidal. El test de racionalidad argumentativa que efectuamos lo enlazamos con la *relevancia* (R) por el lado de la sintaxis y la validez, comprobando los criterios de adecuación entre las premisas en la reconstrucción lógica del modelo argumentativo operando un inventario de las formas lógicas. Pero el modelo de evaluación formal requiere además del test de *suficiencia* (S), por ello enlazamos el análisis con el lado de la semántica, comprobamos la *relevancia* y la *suficiencia* del argumento en el terreno de la coherencia de los significados que se expresan en las premisas. El argumento será insostenible si incurre en una o varias *falacias*, que son violaciones de las reglas de una discusión crítica, que falsean o impiden la resolución de una diferencia de opinión.

En un segundo paso debemos de tratar de evaluar la aceptabilidad del argumento desde el lado de la pragmática, en la que analizamos los usos del lenguaje, por ejemplo, con un análisis acerca de si el argumento se ajusta a los cánones a los que se adhiere la comunidad cultural o testeando la fuerza de persuasión que esos argumentos producen en

los receptores al generar o no suficiente convicción. El análisis del uso que hacemos del lenguaje podemos describirlo buscando reglas de la comunicación. Incluso podemos analizar el discurso desde perspectivas empíricas, tratando de ver cuáles son las realidades argumentativas que me pueden ser útiles en la argumentación, es decir, indagar las orientaciones sociales, lingüísticas o de los usos del lenguaje que hace un crítico razonable en relación a un auditorio.

Cuando trato de describir la relación de los usuarios con el lenguaje puedo tratar de extraer información de los diferentes auditorios posibles, para ver por su composición aspectos mentales, etc., tratando de ver cómo se están utilizando las palabras para persuadirlo eficazmente con el discurso, pero también puedo tratar de ver cómo transcurre esa discusión crítica que trata de resolver una diferencia de opinión, encontrando reglas para la argumentación. En los anexos recogemos varios catálogos relacionados con los autores tratados, que nos ayudan a distinguir buenos de malos argumentos.

Ese movimiento de reconstrucción de una discusión racional lo trata de hacer la concepción *pragmadialéctica*, éste nos permite ver cómo se desarrollan esos intentos por resolver las diferencias de opinión. El análisis del discurso desde esta perspectiva trata de aproximarse a la racionalidad del intercambio de opiniones en conversaciones formales o informales, y se consume como una práctica utilísima para los auditorios particulares del Derecho. Bajo esta concepción puedo investigar ante quién me dirijo y la forma del lenguaje a utilizar de forma más eficaz posible para persuadir desde el terreno de la retórica.

De la procedimentalidad argumentativa lo que más nos interesa son los movimientos argumentativos que pueden entenderse de muy diferentes formas: en el sentido de *actos de habla* –sea en la doctrina de Austin y Searle–, en la visión de la racionalidad argumentativa –Grice–, o en la visión de la pragmadialéctica –van Eemeren y Grootendorst–. Esta última visión es la que estamos intentando encauzar para la racionalidad jurídica, es decir, aquella que pretende: *funcionalizar* tratando los discursos como elementos apropiados para conducir eventos de habla de la vida real; *externalizar* a partir de lo que la persona ha expresado implícita o explícitamente; *socializar* en un proceso interactivo entre dos o más hablantes; y *dialectificar*, que significa entender al argumento entre los medios racionales propicios para convencer a un oponente crítico y

no una simple persuasión. Estos presupuestos de estudio son desde los que estos autores parten en su concepción *pragmadialéctica* de la argumentación.³³⁴

La aportación que supone la teoría *pragmadialéctica* de van Eemeren y Grootendorst, en íntima relación a toda la teoría y filosofía del lenguaje anterior es una mayor concreción desde la teoría de la argumentación. El “acto de habla” parte de un desacuerdo manifiesto o diferencia de opinión, de esta forma el punto de salida de “un estudio argumentativo será la identificación de la diferencia de opinión, principal que está en juego y qué tipo de diferencia de opinión es.”³³⁵ Precisamente, bajo esta concepción, los autores entienden que se argumenta para resolver esa diferencia de opinión, “las discusiones argumentativas están destinadas a alcanzar un acuerdo razonable.”³³⁶

La tarea principal encomendada desde esta concepción será analizar y evaluar si se da esa racionalidad en el intercambio argumentativo, sus predisposiciones y sus procesos. En el derecho práctico cotidiano se dan con asiduidad acciones lingüístico-aplicativas en las que se discute una diferencia de opinión, por ello, resulta tan útil disponer de herramientas como las proporcionadas por esta concepción para el estudio de las discusiones críticas en el ámbito del Derecho. Si analizamos el Derecho a partir de esta teoría, podemos acercarnos y comparar las cuatro etapas que estos autores describen para una discusión racional crítica, recogidas en su obra *Los actos de habla en las discusiones argumentativas*:

1. La primera fase es la de *confrontación*, es la premisa anunciada de partida, en la que reconocemos que estamos ante una discusión crítica. Esta fase es fácilmente trasladable al derecho práctico, ya que, en su práctica cotidiana encontramos continuas situaciones reconocibles de disputas por las diferencias de opinión, que se dan entre contendientes que interpretan

³³⁴ Cfr. F. H. van EEMEREN y R. GROOTENDORST. (2013): *Los actos de habla en las discusiones argumentativas. Un modelo teórico para el análisis de discusiones orientadas hacia la resolución de diferencias de opinión*. Trad. Cristián Santibáñez Yáñez y Claudio Fuentes Bravo. Eds. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, pp. 40-67, 1ª publicación en (1984): *Speech acts in argumentative discussions. A theoretical model for the analysis of discussions directed towards solving conflicts of opinion*. Dordrecht/Berlin: Foris/Mouton de Gruyter.

³³⁵ F. H. van EEMEREN y R. GROOTENDORST. (2006): *Argumentación: análisis, evaluación, presentación*. Trad. Roberto Marafioti, Ed., Biblos, Buenos Aires, p. 23.

³³⁶ *Ibid.*, p. 23

de forma diferente los presupuestos de hecho y las pretensiones normativas que envuelven los casos particulares.

2. La segunda de las fases descritas es la de *apertura* o punto de partida de la discusión, en la que se concretan las pretensiones que se van a discutir para dar comienzo a la discusión crítica, en Derecho lo marcan los momentos en el que se introducen las pretensiones por los posibles medios previstos: cartas, email, burofaxes, conversaciones, negociaciones, demandas, denuncias, detenciones, notificaciones de todo tipo, etc., en una interpretación instrumental que se va a desplegar.
3. La tercera etapa de esta discusión racional es la de la *argumentación*, es el proceso en sí, el intercambio argumentativo que discurre en el Derecho marcado por las premisas o pretensiones de salida en los instrumentos mencionados, que inician o continúan el debate argumentativo con la sustanciación del procedimiento.
4. La última etapa es la más conflictiva en el Derecho, la fase de la *conclusión*, en la que se determinan los resultados de la discusión crítica. La *pragmadialéctica* trata de sacar un inventario de lo provechoso o negativo de esa discusión racional, que de forma global y particular se extrae en relación a las utilidades consensuales y epistemológicas del diálogo crítico entre los interlocutores.

Los inconvenientes del inventario de las conclusiones son que en el Derecho, para las partes sólo pueden extraerse a modo global discursivamente hablando si se ha llegado a un acuerdo, pero si no ha sido posible, a diferencia de la previsión de la ética discursiva en la que podemos obtener acuerdos de mínimos y seguir dialogando, en el Derecho, por criterios de eficiencia procesal del sistema en el que se da una racionalización de medios materiales limitados, en su gran mayoría de casos, ante esa imposibilidad de acuerdos se deposita la resolución en un tercero imparcial –dígase juez o funcionario encargado de dirimir–. En ese caso, el inventario del proceso dialógico epistemológicamente le sirve a ese tercero para generarse su convicción, que motivará en la resolución con sus razones, posicionándose en una postura u otra de las discutidas que ha de prevalecer total o parcialmente.

El inconveniente es que sí una de las posiciones de apertura –modulable durante el proceso– se impone, total o parcialmente en sus pretensiones, sobre la otra, la discusión sólo ha servido a modo de conocimiento colaborativo aclaratorio para ese órgano decisorio, no como modelo de búsqueda de un consenso razonado, procedimental y universal, que satisfaga a todos sus afectados.

La justicia impartida frente a los modelos ideales deseados no siempre satisface a todos, el mito de juez imparcial es un producto de la comunidad, diferente en percepciones del que sufre la carga negativa del pleito o del que se aprovecha sintiéndose victorioso, en su sentido instrumental de la justicia. El proceso complejo de Administración de Justicia, en el marco institucional donde se ejecuta, no se adapta al formalismo-procedimental de las reglas pragmáticas del lenguaje o de la razón comunicativa de Habermas, Apel, Alexy, etc., ni a las máximas o mínimas discursivas o rawlsiana o de cualesquiera otros tipos predominantes entre los filósofos y teóricos de la justicia, porque su finalidad no es lograr una justicia imparcial o consensuada, sino, que estamos ante una Administración de Justicia instrumental o pragmática en la que siempre se da un cálculo ponderativo de unos valores que habrán de prevalecer sobre otros a la hora de dirimir por exigencias racionales de eficiencia del sistema.

Estamos ante una justicia material impregnada del cálculo, orientado por una política judicial instrumental de una Administración, que suele esmerarse en legislar para promocionar y lograr acuerdos. La Administración de Justicia tiende a recaer sobre una pretensión u opinión en lugar de la otra, a decidir sobre cuestiones materiales conflictivas sin terminar de satisfacer a todos, es decir, ponderando un cálculo de bienes en juego en los que unos prevalecerán sobre otros. Esta aplicabilidad instrumental evita la eternización de la irresolubilidad de un proceso dialógico que pudiera convertirse en inacabable por lo irreconciliable de las pretensiones. La visión utilitarista o teleológica se impone en la justicia aplicada por los órganos judiciales, de ahí la importancia de promover modelos éticos basados en virtudes para los profesionales, que son los que ejecutan los modelos de justicia que nos hemos dado, un ejemplo para abordar dicha posición la encontramos en la justicia de la razón cordial.³³⁷

³³⁷ Cfr. A. CORTINA. (2010): *Justicia cordial*. Trotta, Madrid.

Las tendencias de los filósofos son las de acercar la discusión racional a los sujetos y las situaciones que les afectan, ejemplos del proyecto habermasiano que trata de incluir a todos los posibles implicados que han de dirimir razonadamente aquellos temas que les involucran y estar empoderados de facultades intelectuales suficientes para un diálogo, en condiciones de simetría y con las reglas del discurso conocidas y aceptadas previamente. En cambio, la lógica institucional y la Administración de Justicia se suele mover bajo los parámetros de las éticas materiales y utilitaristas, el cálculo de medios-fines y la ponderación o deliberación de los valores que han de prevalecer en esas situaciones prácticas.

La voluntad política y la razón de Estado que configura orgánicamente la Administración de Justicia está dominada por las exigencias sociales y programáticas constitucionalmente recogidas por los derechos, principios y obligaciones del ordenamiento jurídico, que son muestra de unos valores morales positivados. La Administración de Justicia ha de seguir dichas previsiones y ser eficaz y resolutive, de esta forma la articulación de sus procesos prevé un tempo procesal limitado para el debate, cuya no resolución, lleva a que el presunto tercero imparcial habrá de resolver preceptivamente dirimiendo hacia qué lado de la discusión racional y sus pretensiones se vence la balanza de la justicia.

La *pragmadialéctica* nos ayuda a entender esas reglas de los discursos racionales en los que se producen los intercambios de opinión, testeando, primero, como se están produciendo los intercambios; y segundo, si los argumentos empleados en esos intercambios se adaptan a los usos correctos que estamos intentado dar de ese discurso en relación con sus practicantes. Los usos del lenguaje ponen en relación al individuo con los contextos de utilidad del mismo, llevando al lenguaje más allá de las tradicionales semántica y sintáctica.

La *pragmadialéctica* de Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst es pionera en esta visión de estudio dentro de la argumentación, ya que pone sus miras sobre los usuarios del lenguaje, es decir, lo que pueden hacer con el lenguaje, cuando lo usan:

“para convencer a otros usuarios del lenguaje acerca de la aceptabilidad o inaceptabilidad de una determinada opinión expresada.”³³⁸

El *giro pragmático* de la filosofía del lenguaje contemporánea para estos autores adquiere un estatus fundamental en su íntima conexión productiva con la dialéctica porque las opiniones, una vez que se hacen públicas, se verbalizan y están expuestas a las diferencias de opinión. Nos inmiscuyen en el análisis del proceso de intercambios que es lo que interesa a esta perspectiva, tratando de ver cómo se eliminan esas diferencias de opinión, y si su resolución resulta imposible, ver cómo es posible una reconciliación o llegar si es posible, a unos acuerdos de mínimos.

Estos autores, en su doctrina básica, hablan de un elemento esencial en esta concepción la *dialectificación* de la argumentación:

“un usuario del lenguaje se dirige a otro usuario del lenguaje que, se supone, adopta la posición de juez racional y que reacciona críticamente frente a la argumentación, lo cual asegura una discusión crítica.”³³⁹

Este posicionamiento supone una superación del auditorio pasivo perelmaniano y una implementación a ese verbo tan esencial como es el de “convencer.” En el trasfondo del lenguaje utilizado Van Eemmen y Grootendorst se preguntan a partir de la teoría de los actos de habla “cómo puede caracterizarse mejor la relación entre la *ilocución*, argumentar y la *perlocución*, convencer.”³⁴⁰ En el análisis del actuar profesional estamos en la órbita de los usuarios del lenguaje y las condiciones bajo las que ha de darse una discusión racional argumentativa para resolver las disputas. Estos autores pragmadialécticos ven algunos defectos de los modelos lógicos de argumentación, ya que, para ellos:

“dentro de los análisis lógicos de la argumentación, muchos estudios de la argumentación se abstraen de los usuarios del lenguaje involucrados en la argumentación y, por ende, de sus roles comunicativos e interaccionales despojándolo de su carácter social y haciéndola caer en un monólogo.”³⁴¹

³³⁸ F. H. VAN EEMEREN y R. GROOTENDORST. (2013): *Los actos de habla en las discusiones argumentativa. op. cit.*, p. 40.

³³⁹ *Ibid.*, p. 60.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 37.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 55.

En la discusión argumentativa cuando hablamos de “juez racional nos referimos a los usuarios del lenguaje a quienes el orador concibe como el evaluador de lo que está diciendo.”³⁴² Estamos ante una implementación de los defectos del auditorio de Perelman. Con la perspectiva *dialéctica* los puntos de vista pueden ser evaluados críticamente en una discusión argumentativa, con el objeto de examinar si una diferencia de opinión acerca de la aceptabilidad de un punto de vista se puede resolver mediante un intercambio de ideas reglamentado. En la discusión crítica la diferencia de opinión trata de determinar de una manera sistemática si los puntos de vista en discusión son o no defendibles frente a las dudas u objeciones críticas. Cuando ampliamos este estudio con la *pragmadialéctica* los movimientos para resolver una diferencia de opinión son actos de habla, realizados en un contexto interactivo con un trasfondo histórico-cultural específico, en esa conciencia histórica de comprensión que establecen los intérpretes.

En relación a lo mostrado en los diferentes epígrafes de este capítulo, un estudio del Derecho en la práctica jurídica del profesional y su forma de argumentar no puede descansar exclusivamente ni en una base analítica, en la lógica formal o informal, ni en una perspectiva racional normativa o material, ni centrarnos en el testeado o evaluación de los argumentos exclusivamente. La práctica jurídica así entendida se enriquece de muchas de las disciplinas desde las que podemos abordarla, sean unos enfoques con más acierto que otras o mejor dicho de una utilidad específica mayor en un determinado momento. El mundo del Derecho se nutre de todas incluso, de las que consideramos menos acertadas podemos sacar algunas orientaciones en contraposición con otras que preferimos. Por eso, nos interesamos en el próximo capítulo abordar un enfoque *hermenéutico* y *ético*, que contemple la reciprocidad y el empoderamiento, así como un catálogo de virtudes para las profesiones aumentando las cotas de moralidad de un actuar profesional que se puede enriquecer desde la visión que nos aporta una *razón cordial*, que se construye desde la empatía con el otro, atendiendo a sus sufrimientos y sus necesidades, para adentrarnos en la forma de *comprender* del jurista. La *hermenéutica* y la *ética* son útiles en ese propósito, así como necesarias. Entorno a esas cuestiones iniciamos un nuevo giro del estudio para

³⁴² *Ibid.*, p. 42.

concluir conforme a nuestros intereses marcados en el complejo recorrido intelectual propuesto al inicio del trabajo.

Capítulo 4

APORTACIONES DE LA HERMENÉUTICA

En este capítulo a partir de dos grandes referentes de la hermenéutica contemporánea Hans-Georg Gadamer y Paul Ricoeur, nos serviremos de algunas de sus aportaciones y categorías clave para tratar de explicar desde un punto de vista mental-cognitivo el proceso de comprensión que se da en el profesional del derecho, dando además una explicación acerca de su juicio de responsabilidad. Para ese cometido nos fijaremos en el prejuicio, la autoridad de la tradición, las ideas, las creencias, los valores y sobre todo la estimativa del otro. Todo un compendio de categorías y elementos claves a trabajar que nos ayudarán a entender parte de las motivaciones y responsabilidades del jurista. En este capítulo la investigación tomará una nueva andadura desde el enfoque filosófico de esta tradición tan esencial, adentrándonos en el estudio de la experiencia hermenéutica y una perspectiva de hermenéutica ética, que interesamos rescatar entre los referentes del quehacer práctico de los juristas.

4.1 El comprender hermenéutico en el jurista y sus utilidades

4.1.1. Un posicionamiento privilegiado en el enfoque hermenéutico de Hans-George Gadamer

Una hermenéutica renovada al estilo de la llevada a cabo en la trayectoria filosófica de H. G. Gadamer ha colocado la teoría de la interpretación, desde la dimensión de la comprensión y el lenguaje, entre las tendencias más dinámicas de la filosofía contemporánea. Una concepción tan depurada como la de Gadamer sitúa la *experiencia hermenéutica* de la comprensión ante la historicidad, suponiendo para nuestro estudio una forma interesante de explicar lo que ocurre en la cotidianidad de la práctica jurídica, y de esta forma situándonos en un posicionamiento privilegiado del que tratamos de extraer réditos para nuestro estudio en esa tarea tan ardua propuesta de conseguir mejores juristas. La *hermenéutica jurídica* es una de sus especialidades tradicionales, pues el giro práctico que venimos manejando en la investigación lo es también hermenéutico y aplicado. Resulta difícil entender la práctica jurídica del Derecho, aquella que se da ante las instituciones o en la Administración de Justicia, sin contextualización y sin conocer los antecedentes que la constituyen desde el prisma de la interpretación y la comprensión.

Estamos ante un proceso de comprensión que nos introduce desde el punto de vista cognitivo y existencial en el *yo* psicológico vivencial, es decir, aquel que nos acerca a una *experiencia hermenéutica* más *auténtica*, en nuestro caso tan particular, como el de la vida profesional del especialista en leyes. El aspecto mental del actuar en Derecho presenta una visión de experiencia vital que nos conecta con lo histórico del acervo jurídico contado y con lo epistémico-cognitivo que envuelve la comprensión del Derecho, el lenguaje y la comunicación que se da de forma intersubjetiva. La *hermenéutica*, en estos ámbitos de acción tan concretos, como técnica de interpretación, se desenvuelve con soltura y nos permite, bajo la concepción gadameriana, actualizar la realidad cognitiva que se da en la forma de comprender el Derecho, las instituciones y las situaciones prácticas ante las que nos encontramos en los numerosos hechos de la vida empírica, la cual implica numerosísimas situaciones con derechos y obligaciones

implicadas suponiendo consecuencias jurídicas en el marco regulativo del Derecho. Un mundo en constante cambio que regula y dinamiza la vida en sociedad e intenta orientar sus postulados hacia unas necesidades sociales marcadas por las directrices programáticas de la comunidad política, pues las dinámicas sociales que vienen nos encaminan hacia un influjo deontológico normativo-institucional cada vez más acentuado.

La hermenéutica gadameriana nos sitúa en una posición privilegiada al dotarnos de categorías útiles, las cuales nos ayudan a entender que elementos se dan en la experiencia hermenéutica en la comprensión del jurista: la conciencia de la historia efectual,³⁴³ la historicidad de la comprensión, la fusión de horizontes, el círculo hermenéutico de la comprensión y la rehabilitación del prejuicio. Estas interesantes categorías aportadas por el autor completan el giro hermenéutico de su concepción, en un loable intento por superar el clásico problema de las aporías de las verdades demostrativas, desde la ontología de la comprensión.

4.1.2. La filosofía de la vida como experiencia ontológica e histórica

La hermenéutica gadameriana viene inspirada en gran medida de la heideggeriana y se enriquece de la filosofía de la vida, un *factum* vitalista que pone en el centro de la reflexión nuestras experiencias vitales, y que, en nuestro estudio, son de las vidas de los profesionales del Derecho. A partir de este paso estamos llevando el foco de atención hacia algo mucho más específico que la comprensión común de los acontecimientos cotidianos, y que viaja por sus peculiaridades en su particular odisea de comprensión, en aquella técnica ancestral de interpretación de textos heredada que Gadamer pretende renovar. Para la *hermenéutica jurídica* supone tratar de superar la mera reducción de la técnica a cuestiones de método. La modernidad, desde Galileo, en la ciencia ha desplazado “la idea del método y de la primacía de éste, sobre la cosa: las condiciones

³⁴³ H. G. GADAMER. (2012): *Verdad y Método I*. Trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Sígueme, Salamanca, pp. 337 y ss.

del saber metodológico definen el objeto de la ciencia.”³⁴⁴ Lo esencial que podemos extraer de esta hermenéutica renovada para el *jurista* será mostrarse en la esencialidad ontológica del ser profesional, es decir, aquel que trata de comprender lo que se hizo y hace, en la posibilidad de lo que será. La inserción de la historicidad en el plano de la comprensión trata de poner en valor en un ámbito tan específico que, por ejemplo, en el Derecho supone una jurisprudencia puesta “al servicio de la recta interpretación de la ley y no sólo de su aplicación correcta.”³⁴⁵ Ese esfuerzo cognitivo y social requiere de construir una narración temporal con una determinada estructura moral y de valores.

La filosofía de la vida en el hilo conductor de estas tradiciones nos ofrece un giro fenomenológico trascendental, en el que se da una autoconciencia comprensiva del sujeto que se auto-interpreta ontológicamente, desplegando la estructura hermenéutica de la *conciencia efectiva* en una experiencia jurídica que se construye a base de relatos útiles para la vida que se practica, sea ésta cotidiana o profesional. El paso a la perspectiva mental del sujeto en diálogo nos muestra que “la subjetividad humana posee validez óptica.”³⁴⁶ Además, esta predisposición hacia la comprensión es ineludiblemente intersubjetiva al ser común a muchos individuos que viven bajo los mismos parámetros de comprensión.

Al inmiscuirnos en esta tradición hermenéutica partimos del horizonte ontológico heideggeriano diseñado para el *ser-ahí*, aquel que se considera a sí mismo de forma *impropia* o *impersonal*, pues es prueba de nuestra manera de socializar, es decir, se conforma en un horizonte de posibilidades que nos abre la senda de lo *auténtico*. En Gadamer esas inquietudes, acerca del vínculo social y los diferentes modelos históricos, se insertan en su descripción ontológica de la estructura de cognición, conformando una experiencia que se da en la conciencia histórica, por ejemplo, al tratar de hacer ciencia jurídica utilizo un relato del pasado para describir cómo es o actúa un jurista. Sabiendo del pasado –lo ausente– entendemos el presente –la presencia–, y si seguimos

³⁴⁴ H. G. GADAMER. (2015): *Verdad y método II*. Trad. Manuel Olasagasti, Sígueme, Salamanca. pp. 309-310.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 269.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 308.

preguntando cuestiones para este sujeto acerca de su futuro, estamos ante –un posible– con el pasado.

El estar-en-el-mundo, ontológicamente hablando, con unas predisposiciones o estructuras ópticas dadas para la comprensión, supone, desde estas tradiciones que estamos tratando de rescatar para las profesiones jurídicas, un estar en una continua apertura al indagar y comprender. Esta apertura ontológica al mundo es una acción mental mediada por el *lenguaje*, algo esclarecedor para una identidad que se construye desde la virtud histórica, que estamos dispuestos a rescatar y delinea un particular horizonte positivo de sentido para el jurista. Al tratar de escapar con esta concepción del *yo* fenómeno trascendental, enraizado en las postrimerías del post-kantismo, es decir, aquel que posteriormente fue llevado a su culmen por el idealismo hegeliano, la fenomenología-hermenéutica como avance a la anterior nos permite hacer una experiencia vital más *auténtica* y transformadora al huir de una conciencia inmóvil guiada por categorías, que pretende encontrar un nuevo acomodo en la senda del vitalismo existencial comprensivo, proporcionado por una hermenéutica que parece encontrar un devenir más auténtico en la autoconciencia del espacio ontológico que se dirime en la experiencia vital histórica. Para Gadamer: “toda vivencia implica horizontes anteriores y posteriores que se funden [...] en las vivencias presentes de antes y después, en la unidad de la corriente vivencial.”³⁴⁷

Ante este posicionamiento tan singular que pretende describir de una forma renovada la concepción del *sujeto* en el mundo, podemos describir un relato vivencial del profesional del derecho, y de esta forma podemos hacer una ontología-cognitiva y vivencial en su manera de socializar, que hemos de plasmar con el lenguaje en un sentido ético dentro de un relato útil, que es pasado, presente y posibilidades futuras, y que puede reinterpretarse constantemente en la vertiente reflexivo-especulativa de su historicidad, en las perspectivas de un presente que aspira a tener un futuro mejor y más justo. Para ello debemos prestar atención a las exigencias éticas de su profesión y sus tiempos. Así creamos un espacio propicio para teorizar sobre un jurista ideal, más justo, partiendo de unas premisas sólidas de partida para la comprensión:

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 308.

“La construcción del mundo histórico no son hechos ganados por la experiencia e incluidos luego en una referencia valorativa, sino que su base es más bien la historicidad interna propia de la misma experiencia. Este es un proceso vital e histórico, y su modelo no es la constatación de hechos, sino la peculiar fusión de recuerdo y expectativas en un todo que llamamos experiencias.”³⁴⁸

El rasgo gadameriano que venimos resaltando se caracteriza por aunar lo ontológico y la historicidad de lo interpretado. La influencia de una conciencia histórica y la vocación de una hermenéutica *universal* ya estaba en Hegel, Dilthey y Schleiermacher, pero la peculiaridad de la visión de Gadamer frente a esa universalidad limitada de sus predecesores está en que su nueva hermenéutica está “referida a los textos con voluntad en pie.” En su opinión, el proceso hermenéutico debería ser más bien una “expresión vital,” algo que está “dejando en suspensión la verdad de lo que dice.”³⁴⁹ Al interpretar el Derecho, el primer sentido del texto jurídico que solemos extraer es *cuasi* sagrado, sustentado en la autoridad de su tradición, la solemnidad de su promulgación o el gran valor que se desprende de su utilidad y reconocimiento social. Estos elementos son aquellos que enaltecen su sentido comunitario y refuerzan su valor deontológico, un *factum* jurídico que no debe convertirse en un prescriptivismo acrítico e imperturbable. La interpretación de los textos jurídicos no ha de tratar de efectuarse al estilo de aquellos antiguos hermeneutas y exegetas que trataron de acceder al sentido originario de los textos. La nueva hermenéutica gadameriana discurre en un “sentido libre de toda atadura a los que opinan, al *yo* y al *tú*.”³⁵⁰

Lo que nos interesa de la hermenéutica gadameriana para una *hermenéutica jurídica* posible es que ponga en valor a los sujetos del discurso jurídico que están en confrontación argumentativa. Éste es el sesgo dialéctico principal que estamos tratando de rescatar en muchos momentos del trabajo, para rearmarnos éticamente en las formas y los contenidos de su expresión. Para ello, nos interesamos por los tipos de *auditorios jurídicos* ante los que nos enfrentamos en el Derecho, ante los que podemos expresarnos de forma oral o escrita, conformados con un mayor o menor número de intervinientes o con determinadas cualidades específicas para sus componentes, pero hemos de superar la

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 281.

³⁴⁹ H. G. GADAMER. (2012): *Verdad y Método I. op. cit.*, p. 252.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 434.

interpretación psicológica tradicional, por ejemplo, la de Schleiermacher.³⁵¹ Estamos ante un reto enorme que para Gadamer, en el *círculo* de la comprensión, supone que: “en la comprensión psicológica tiene que extender cada construcción del pensamiento como un momento vital en el nexo total de cada hombre.”³⁵² En el acercamiento al ciclo vital existencialista que camina junto a la vida encontramos una superación a esa concepción hermenéutica tradicional del círculo donde “el comprender es siempre moverse en este *círculo*, por eso, es esencial el constante retorno del todo a la parte y viceversa.”³⁵³

4.1.3. La ontología del lenguaje y la filosofía crítica

La perspectiva de estudio que estamos tomando para la teoría de la comprensión y que intentamos aplicar en la interpretación del Derecho viene dando pasos agigantados hacia una nueva hermenéutica, basada además en la ontología del lenguaje. La lingüística será un elemento imprescindible en ella, también en el Derecho, puesto que, además, supone un epicentro de estudio ineludible, ya que los sujetos prácticos que realizan las acciones son seres de lenguaje, nos dice Gadamer que “el ser que puede ser comprendido es lenguaje.”³⁵⁴ Si entendemos ontológicamente que nuestras relaciones con el Derecho son lingüísticas, la palabra es la que permite comprender, pero lo comprendido también es lenguaje.

Esta descripción de los elementos del lenguaje implicados en el comprender nos sirven porque, cuando comunicamos en Derecho, lo podemos hacer ayudados por lenguajes naturales o los de la filosofía o los de las ciencias jurídicas, el Derecho o los propios lenguajes que nos transmiten los elementos del mito, las ideologías, las creencias, los prejuicios, etc. Un sinnúmero de elementos que determinan y forman parte de nuestro conocimiento también son constitutivos de nuestros modos de ser, y se adquieren en la educación y el aprendizaje que adquirimos en el día a día de nuestra vida práctica

³⁵¹ *Ibid.*, p. 240.

³⁵² *Ibid.*, p. 244.

³⁵³ *Ibid.*, p. 244.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 567.

formativa, y se sustenta en la memoria, conformando el contenido esencial de cada experiencia que se hace en la conciencia personal y colectiva de forma intersubjetiva. Tener una experiencia no sólo modifica lo que va a venir después, sino, también, todo lo que nos ha precedido. Entonces, cambia el relato y la teoría de la comprensión, es decir, la hermenéutica se torna en una teoría del sentido, algo que está en continuo proceso y puede guiar al jurista cuando trata de construir relatos con sentido práctico extraídos de su propia experiencia vivida, que es la que se hace en cada preciso momento práctico en cuestión, en el que se dispone a interpretar y comprender lo que acontece, y no sólo a partir del sentido originario de los textos, aquel al que pretendió acceder desde antiguo la hermenéutica jurídica, sino el sentido global de su experiencia vital y personal, que para el jurista, en un gran porcentaje de su tiempo vital, son además experiencias profesionales.

Este giro hermenéutico que viene tomando la filosofía nos permite superar la filosofía del sujeto trascendental y el sometimiento desde antaño que han sufrido las ciencias del espíritu por el método científico. Así es como la hermenéutica pretende liberarse de las ataduras de un concepto de objetividad propio de las ciencias naturales. Habermas, uno de los herederos de la tradición crítica ilustrada de corte normativista, formalista o procedimental, en su texto *La pretensión de universalidad de la hermenéutica*, intentará demostrar que la universalidad no está en una dimensión lingüístico-ontológica, sino en la razón.³⁵⁵ Desde el principio de este texto, tan significativo en el contexto global de su obra, nos muestra que la hermenéutica ha venido entendiéndose como “una capacidad que adquirimos en la medida que aprendemos a dominar un lenguaje natural.”³⁵⁶ Además, el autor habla de las íntimas conexiones con los contenidos semánticos, los símbolos y las técnicas de retórica y persuasión, pero cuando queremos hablar de una *hermenéutica filosófica*, su influencia de la tradición kantiana trascendental le hace interesarse por las condiciones de posibilidad de la comunicación, un interés primordial entre sus motivaciones, que impulsará su obra magna *Teoría de la acción comunicativa*. Este enfoque tan característico de su obra le permite llevar la filosofía práctica al terreno ilustrado de la razón y la *questio iuris*, buscando

³⁵⁵ J. HABERMAS. (2008): “La pretensión de universalidad de la hermenéutica.” *La lógica de las ciencias sociales*. Trad. Manuel Jiménez, Tecnos, Madrid, pp. 277-306.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 277.

algún tipo de normatividad que supere las deficiencias de los intentos anteriores, y adaptando su discurso a las necesidades de su tiempo, que en la descripción gadameriana de la comprensión la hacemos experimentando en la conciencia histórica hermenéutica y fusionando determinados horizontes de sentido. Por un lado, en la concepción de Habermas:

“la lingüística tiene por objeto la reconstrucción del sistema de reglas, la producción de todos los elementos posibles semánticamente dotados de sentido y gramaticalmente correctos de un lenguaje natural, mientras que la hermenéutica reflexiona acerca de las experiencias fundamentales de un hablante comunicativamente competente.”³⁵⁷

En cambio, por otro lado, para Gadamer la conciencia hermenéutica es el resultado de una autorreflexión en la que el sujeto hablante se torna consciente de sus peculiares libertades y dependencias respecto del lenguaje. Si el problema ontológico del comprender está ahora en el lenguaje y la comunicación, ello afecta al cómo entiende y utiliza el jurista el Derecho. Gadamer nos muestra la importancia de los lenguajes, indistintamente del tipo que se manejen en la conciencia de la experiencia hermenéutica, es decir, fueran estos los del arte, los que transmiten la ideología, el mito, el Derecho, etc.

En Habermas también encontramos los clásicos problemas de conexión entre los lenguajes naturales y los lenguajes especializados. Una muestra, por ejemplo, serían los desarrollados por la técnica jurídica en su quehacer práctico ya que, entre ellos resalta el problema de la traducción, es decir, el clásico problema de la infra-determinación de la traducción entre lenguajes, cuestiones trabajadas largamente por los filósofos del lenguaje. Este problema se da al existir una remisión de unos lenguajes a otros artificiales, en una especie de regresión continua meta-lingüística. Habermas este tema lo trata en el texto mencionado *La pretensión de universalidad de la hermenéutica* y nos dice que:

“Este proceso de traducción rebasa los límites del arte retórico-hermenéutico, que sólo tenía que ver con la cultura constituida y transmitida en el seno del lenguaje ordinario. La hermenéutica tendría ahora que ir más allá de la conciencia hermenéutica que se formó en el ejercicio reflexivo de aquel arte, para clarificar las condiciones que, por así decirlo, posibilitan salir de la estructura dialógica del lenguaje cotidiano y emplear

³⁵⁷ *Ibid.*, pp. 281 y ss.

monológicamente el lenguaje para el desarrollo de teorías en sentido estricto y para la organización de la acción racional con arreglo a fines.”³⁵⁸

Esta problemática clásica de los lenguajes y su remisión a otros más específicos se da en la propia *neurociencia*, que construye su retórica alrededor de un lenguaje específico para el que incluso se crean neologismos, pero en su trasfondo terminológico y categorial, viene sirviéndose de categorías y temas tratados largamente en la tradición con otros sentidos, dentro del acervo global interconectado de la historia del pensamiento.

Los neologismos que añaden prefijos *neuro* a disciplinas existentes con larga tradición, amplían en parte su significado en el dinamismo del saber, dotando de otros sentidos las materias tradicionales, que podemos referir en otros contextos. Léase: neurociencia, neuroética, neuropolítica, neuroderecho o neurorretórica, disciplinas antiguas a las que se les infiere un nuevo sesgo conceptual y metodológico para darle otros sentidos categoriales, dentro del amplio mundo multidisciplinar de los estudios experimentales en ciencia contemporánea.

El tratar el Derecho y las profesiones jurídicas desde otras herramientas, enfoques o aparatajes instrumentales, nos da otra visión para la explicación, pero no significa que podamos abandonar tan fácilmente el acervo común de lo ya conformado en un ciclo hermenéutico histórico, pues, son *historia efectual –wirkungsgeschichte–*, es decir, que son efecto de la conciencia histórica de todo ese acervo comprensivo.

El jurista trabaja interpretando cuáles de los acervos a los que acceder le son más provechosos en su interés instrumental, el juicio pragmático, en su acción aplicativa trata de comprender el lenguaje jurídico del momento y los contextos de actuación ante los que se enfrenta, aprovechando todos los instrumentos a su alcance o disposición, la versión ético-racional ha de testear que estemos ante un proceso moralmente aceptable. El lenguaje que usamos lo hacemos ineludiblemente de forma intersubjetiva, pues tiene una historicidad, nunca se genera *ad hoc*, algo que lo haría incomprensible si careciera de referencias.

³⁵⁸ J. HABERMAS. (2008): *La lógica de las ciencias sociales*. Trad. Manuel Jiménez, Tecnos, Madrid, p. 284.

En neurociencia se crea algo novedoso en terminología, categorías y metodologías de estudio para satisfacer ciertas necesidades sociales, como las del ciclo de consumo de la ciencia. Uno incipiente nos lo ha traído la novedosa neurociencia, conformando estudios del cerebro que nos resultan sorprendentes gracias al instrumental tecnológico, que ha de interpretarse a la luz de las evidencias empíricas, las máquinas de neuroimagen, la incidencia de los nuevos fármacos, la disertación de las morfologías cerebrales, etc. Este proceso de innovación lo podemos comparar en analogía a lo que ocurrió con el primer telescopio, un instrumento innovador que cambió la visión espacial del universo o ahora del cerebro. El instrumental nos permite ver de otra forma lo que antes se explicó desde otra óptica, lo hacemos con otro lenguaje, dentro de una tradición común, que vive evolucionando en su reinterpretación hermenéutica de las tradiciones, sean analíticas, lógicas, retóricas o dialógicas. Pero, en el proceso histórico vienen reconfigurándose constantemente, conforme a las necesidades y la imaginación histórica, en una especie de *historia efectual*, que se da en un horizonte móvil de interpretación, entendiendo en terminología gadameriana, que es un diálogo *yo-tú*, con las tradiciones y los clásicos, y por ello, hacemos de estas tradiciones metodológicamente nuestras herramientas principales de trabajo.

4.1.4. La experiencia profesional del jurista y su responsabilidad

La *experiencia profesional* del jurista es una forma más específica de vivenciar, la cual se practica en un momento determinado y de una forma muy concreta. No se puede desgajar de la universalidad general de esa estructura óptica del comprender, que autores como Heidegger y Gadamer nos la describen como una predisposición de apertura en el mundo a indagar y buscar, que muchas de las orientaciones de la técnica científica han reducido a sus métodos experimentales, pero, que desde la perspectiva ontológica de la comprensión, requiere de una toma de autoconciencia en la historicidad.

En ese sentido, Gadamer nos recuerda que la experiencia no nos hace sabios, sino expertos, y al experimentar, tantísimos y diversos avatares en nuestra vida, nos hace estar inmerso en ese azaroso viaje hacia Ítaca, en el cual utilizamos la parte racional y

emocional de nuestro cerebro. Los juristas necesitan de constantes esfuerzos cognitivos de interpretación de los sentidos de los textos legales, las jurisprudencias y los hechos del mundo ante los que se enfrentan. Por ello, están expuestos a continuos conflictos que les golpean en los desafíos de su quehacer cotidiano como los avatares sufridos por Odiseo. El *ser-en-el-mundo* de los juristas es algo que cambia constantemente en su horizonte de sentido móvil. Aprendemos al hacernos expertos, bajo la influencia de los instrumentos axiológicos de la historicidad que interpretamos, actuando desde el punto de vista de un observador racional, que necesita formarse con astucia en una idealidad que le inspire en su actuar.

Por ello, el proceso de formación de un jurista es continuo y nunca acabado, está lleno de numerosas experiencias que son un aprendizaje constante en la especialización de su actividad profesional. Un técnico en Derecho requiere de una constante formación en un mundo institucional cada vez más regulado, exigente y competitivo. Un proceso que desde el punto de vista moral ha de enriquecerse en las virtudes éticas que consideramos valiosas en el sistema de valores en el que queramos referenciamos, en nuestro momento histórico concreto. Pues, sus decisiones cada vez tienen un mayor peso de responsabilidad moral, debido a las tremendas implicaciones en las personas y las cosas que tienen sus acciones, Gadamer nos dice que:

“el que debe tomar decisiones morales es alguien que ha aprendido algo [...] la tarea de la decisión moral es acertar con lo adecuado en una situación concreta, esto es, ver lo que en ella es correcto y hacerlo.”³⁵⁹

El profesional del derecho actúa como un artesano que echa mano de los medios adecuados para conseguir algo y se constituye intelectual y racionalmente, no sólo de los conocimientos técnicos que le aprovechan en su proceso de aprendizaje, es decir, aquello que maneja en cada experiencia, sino también, que encuentra referencias en las figuras modélicas ideales que le inspiran. Un *sí mismo* idealizado, proyectado desde la conciencia histórica común, que fusiona en la conciencia histórica del intérprete esas ideas o creencias que conforman su experiencia hermenéutica de comprensión vital continua y en movimiento constante. Por un lado, operan como sujeto con identidad histórica útil,

³⁵⁹ H. G. GADAMER. (2012): *Verdad y método I. op. cit.*, p. 388.

por otro lado, como intérprete de las normas y los hechos del mundo en un horizonte de sentido, que se despliega de forma diferente en cada acción particular aplicativa.

Los procesos prácticos en Derecho son dialécticos y éticos, estamos ante un Derecho que lleva impresos principios y valores morales, y se experimentan por los juristas al llevar a cabo su labor aplicativa del Derecho. Estos componentes dotan al profesional de una capacidad que le autentifica en una toma de conciencia con la experiencia que también es transformadora y la apreciamos desde un punto de vista de la tradición crítica. Al analizar estratégicamente los contextos de su actuación profesional estamos en un proceso de autoconciencia, que en palabras de Gadamer supone un:

“constantemente auto-dirimiendo en ella misma y lo otro, se mantiene sin embargo como ser vivo en el juego y contra-juego de éstos sus factores constitutivos” *un factum naturalis ineludible que se completa con el eslogan vitalista de que* “toda vida, que es prueba, es experimento.”³⁶⁰

La vida del profesional del jurista está inmersa en ese continuo auto-dirimiendo de la vida práctica, que es prueba y experimento, por ello, podemos teorizar sobre ella, sirviéndonos de las categorías modélicas que tomamos como referencias históricas. Una de las más interesadas es la resaltada por el profesor Jesús Conill, la “*tradición humanista: una experiencia de humanidad*, un concepto experiencial de humanidad, la experiencia humanista de la vida.”³⁶¹

La hermenéutica como técnica de interpretación favorece el relato de los juristas modélicos que más nos inspiran, es decir, nos acerca a los sistemas éticos que más nos interesan, que fusionamos en nuestro horizonte de sentido, al tratar de hacernos buenos juristas o al intentar describir el *ethos* y los procesos racionales del actuar de un jurista ideal. Bajo este prisma estamos ofreciendo cierto sesgo prescriptivista a partir de esas figuras referenciales positivas de un pasado histórico común. Al hacerlo nos hacemos mejores juristas, es decir, al incluirlos en la realidad práctica actual, pues las proyectamos en las perspectivas futuras, al tratar de completar su historicidad en la experiencia de la

³⁶⁰ H. G. GADAMER. (2015): *Verdad y método II. op. cit.*, p. 315.

³⁶¹ J. CONILL. (2006): *Ética Hermenéutica*. Tecnos, Madrid, p. 62.

comprensión hermenéutica tratamos de mejorar el actuar del jurista y lo hacemos como teóricos y juristas en nuestra propia experiencia práctica.

4.2 Aportaciones de la hermenéutica gadameriana

El impulso hermenéutico gadameriano intenta con brillantez superar la dificultad de acceder al *tú* psicológico, aquel que nos arroja a “la oscuridad del tú,”³⁶² un problema arrastrado para Gadamer por la fenomenología trascendental:

“el proyecto heideggeriano de *Ser y tiempo* no escapa por completo al ámbito de la problemática de la reflexión trascendental [...] que había formulado Husserl la tarea universal de la fenomenología: la constitución de toda validez óptica.”³⁶³

La fenomenología trascendental entiende Gadamer que peca de pretender ser un pensamiento totalizador que intenta abarcar desde Hegel todos los contenidos del espíritu, algo que parece encorsetarnos en un idealismo irreverente o gnoseológico, si lo situamos en la línea fenomenológica tomada por Husserl. Por ello, Gadamer se aprovechará de la ontología de Heidegger y el historicismo de Dilthey, para idear una hermenéutica que se abra a la *facticidad* de la vida:

“La interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión,” *por ello*, “en la comprensión siempre tiene lugar algo así como una aplicación del texto que se quiere comprender a la situación actual del intérprete.”³⁶⁴

De hecho, al inicio de *Verdad y método*, en su prólogo, nos habla de esta influencia heideggeriana al decirnos que:

“La analítica temporal del *estar-ahí* humano en Heidegger ha mostrado en mi opinión de una manera convincente, que la comprensión no es uno de los modos de comportamiento del sujeto, sino el modo de ser del propio *estar-ahí*. En este sentido es como hemos empleado aquí el concepto de hermenéutica. Designa el carácter fundamental móvil del *estar-ahí*, que constituye su finitud y su especificidad y que por lo tanto abarca el conjunto de su experiencia del mundo.”³⁶⁵

³⁶² *Ibid.*, p. 245.

³⁶³ *Ibid.*, p. 320.

³⁶⁴ *Ibid.*, pp. 378-379.

³⁶⁵ H. G. GADAMER. (2012): *Verdad y Método I. op. cit.*, p.12.

Para su proyecto hermenéutico filosófico Gadamer se sirve de la analítica temporal y existencial del *estar-ahí* humano heideggeriano. Su peculiaridad estriba en tratar de profundizar en esa tesis, preguntándose ¿Cómo es posible la comprensión y la interpretación de las ciencias humanas? En ese proyecto filosófico tan magno ideado, una de sus innovaciones más relevantes a estudiar, para tratar de extraer réditos para el mundo práctico jurídico es la rehabilitación del *prejuicio* y la reafirmación del sentido de pertenencia a una *autoridad* en la comprensión. Estos delineamientos categoriales, tan esenciales en su posicionamiento filosófico, nos mostrarán un punto intermedio entre los extremos que representan las tendencias dogmáticas o escépticas sobre la verdad, tanto en teoría del conocimiento, como en epistemología y filosofía de la ciencia, y los elementos estructurales que constituyen el proceso de comprensión que se dan cuando pretendemos hacer ciencia jurídica relacionada con los juristas.

Al contrario de lo que le critica Habermas, es decir, pretender llevar a tierra firme las abstracciones heideggerianas,³⁶⁶ entendemos que este enfoque no es una deriva ontológica sin más, sino la descripción de algo primario o punto de partida para toda comprensión en la que incluimos la del jurista, pues es constitutivo del *dasein*, al estar predispuestos en el mundo para la acción de comprender. Después de este *factum naturalis* existencial, ya resulta más difícil de entender la teoría y la praxis de forma separada. El *dasein* es entendido en el *ser* que le va su *ser* en el comprender hermenéutico, esta toma de conciencia dota a la hermenéutica como herramienta interpretativa de un estatuto de universalidad real.

Este sentido universal de la hermenéutica ha sido criticado por Habermas, ya que piensa que le da un estatuto ontológico muy por encima de las filosofías regionales, que manejan las categorías filosóficas tradicionales, que incluso ha borrado cualquier posibilidad de ser entendido en términos de sujeto-objeto. Por ello, no es pertinente la pregunta sobre la legitimidad de la comprensión ya que, el nivel de generalidad que toma la hermenéutica hace que se coloque por encima de esa escisión sujeto-objeto o realismo-

³⁶⁶ Cfr. J. HABERMAS. (2008): *La lógica de las ciencias sociales*. Trad. Manuel Jiménez, Tecnos, Madrid.

idealismo. Es un escenario mucho más originario el que estamos intentando describir para el jurista, pues nos sitúa en el plano ontológico de la comprensión.

4.2.1 La rehabilitación del *prejuicio* y la *autoridad*, entre las herramientas útiles de comprensión jurídica

A pesar de que la ciencias sociales y jurídicas están conformadas por muchas disciplinas en una amplia amalgama de temáticas y metodologías de estudio, éstas no se comportan como compartimentos estancos ni son fruto, únicamente, de un proceso de especialización. Cualquier saber que pretenda asentarse necesita de una tradición que opere como fuente de autoridad. Muchos de los nuevos saberes en un momento determinado se desgajaron de otros saberes, pero siguen manteniendo tradiciones comunes en un sentido de pertenencia, que no termina de romperse y les permite enriquecerse y entenderse mutuamente en sus complejas interconexiones, pues les proporcionan el sentido de pertenencia, es decir, herramientas de entendimiento.

Esta fuerte interdisciplinariedad y dependencia se da también en las triunfantes *neurociencias*, con raíces funcionales asentadas en las ciencias naturales: psiquiatría, medicina, neurología, farmacología, biología, biotecnología, etc., pero, además, con amplios y cada vez más imprescindibles contactos con disciplinas sociales, tales como la ética, la política, el derecho, la educación, la economía, etc., que podemos entroncar con toda una raigambre común de saber procedente de un tronco común con fuertes raíces en la filosofía. Éstas y otras muchas disciplinas se nutren constantemente del prefijo *neuro*, un efecto llamada, que, requiere de una continua revisión crítica, que ha de formularse a los ojos de la conciencia histórica y las dinámicas sociales guiadas por las modas, gustos y necesidades científicas, sacando a la luz los defectos endémicos de esas fusiones de horizontes.

En ese sentido, cuando pretendemos hacer un estudio filosófico y neurocientífico sobre las profesiones jurídicas y sus aspectos mentales para centrar los múltiples enfoques posibles sobre los que hemos de seleccionar temas, hemos de acercarnos a muchas disciplinas diversas. Abrir nuestro campo de visión confrontando los sistemas de

pensamiento actuales con los clásicos, aprovechando el conocimiento de un pasado común tan rico que conforma nuestro sentido de pertenencia en una tradición hermenéutica-fenomenológica de corte cognitivista. Puesto que los profesionales del derecho, como cualquier otro intérprete, tratan de conocer y aprender lo que nos enseñan las tradiciones científicas en su historicidad, beben de sus fuentes de autoridad. El acercamiento al acervo de los saberes comunes enriquece el conocimiento que se quiere construir y transmitir, dotándolo de un sentido de autoridad apreciadísimos entre los receptores de esos discursos.

La reflexión filosófica histórica o la del Derecho, en su especialización de la práctica jurídica, puede aproximarse tanto a las ciencias formales como a las sociales y las humanidades, la moral y la política, la sociología, la economía, el lenguaje, la lógica, la dialéctica, la argumentación, la literatura, la comunicación y las nuevas tecnologías, etc. En ese devenir de conformación de sentidos interpretativos, los *prejuicios* son elementos esenciales que han sido transmitidos por la tradición en el proceso de socialización, gracias al valor de nuestras fuentes de *autoridad*, que son las que tienen el saber necesario para encontrar un encaje para los conflictos sociales. La *rehabilitación* del perjuicio y la autoridad de una tradición latente en la experiencia hermenéutica de la comprensión, la enmarcamos como tarea esencial dentro de la forma de experimentar en Derecho, aquella que estamos intentando ofrecer a partir de la fuente de autoridad de Gadamer y demás fuentes que nos aprovechan en la tradición hermenéutica.

Los autores de referencia desde los que partimos son Heidegger y Gadamer; el primero, con su peculiar enfoque ontológico, al poner al descubierto la pre-estructura del *ser* en su analítica existencial, presentada como una ontología fundamental; posteriormente, nos hemos centrado esencialmente en Gadamer, tratando de explorar en su obra la visión histórica de las condiciones de posibilidad del comprender. Los dos autores, principalmente, el segundo, nos imbuyen en un referente de autoridad que estamos tomando para el sentido de la interpretación que pretendemos hacer. Gadamer no sólo se limita a describir lo que ha experimentado con sus lecturas de las tradiciones precedentes, –el juego de los *prejuicios* de la conciencia histórica–, sino también trata de ampliar la teoría de la comprensión. De sus aportaciones podremos extraer algunos réditos a la comprensión jurídica, pues sus elementos son perfectamente extrapolables a una

práctica jurídica que en su acción de comprensión interpretativa intenta fusionar múltiples horizontes de sentido.

Los cuestionamientos de Gadamer nos enfrentan a dos problemas endémicos en la teoría de las ciencias sociales latentes desde Hegel: el primero, el problema del estatus epistemológico de las ciencias del espíritu, que a partir de Heidegger y Gadamer pasará de ser un problema de método a una cuestión acerca de cómo tiene lugar la *experiencia* vital hermenéutica; el segundo, el problema de la historicidad del comprender, la solución habrá de encontrarla Gadamer, como estamos viendo, en la hermenéutica contemporánea con un posicionamiento renovado de la hermenéutica histórica.

El problema epistémico de las ciencias sociales, tanto en Heidegger como en Gadamer, al igual que los posicionamientos precedentes de Husserl y Dilthey, es que se ha de evitar un acercamiento de las ciencias del espíritu: “a los métodos natural-científicos [...] estableciendo la relatividad esencial de todo mundo histórico y de todo conocimiento histórico.”³⁶⁷ A partir del impacto de la analítica existencial de Heidegger, todo conocimiento “recibe su legitimación de la pre-estructura del *estar-ahí*.” En este supuesto estamos ante una posición extrema en ontología al significar que:

“sólo hagamos historia en cuanto a que nosotros mismos somos históricos, significa que la historicidad del *estar-ahí* humano en toda su movilidad del esperar y el olvidar es la condición de que podamos de algún modo actualizar lo pasado.”³⁶⁸

Esta fundamentación trascendental desvelada por la ontología fundamental heideggeriana nos mete de lleno en el problema relativo a la historicidad de la comprensión. Porque, a partir de este momento afectará a la forma de hacer ciencia, ya sea esta natural, social o jurídica. Según Gadamer: “ni el conocedor ni el conocido se dan ónticamente, sino, históricamente, esto es participan del modo de ser de la historicidad.”³⁶⁹

Esta consideración óntico-cognitiva implica un sentido de pertenencia, de ahí que:

³⁶⁷ H. G. GADAMER. (2012): *Verdad y Método I. op. cit.*, p. 326.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 327.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 327.

“la *pertenencia* es condición para el sentido originario del interés histórico [...] porque la pertenencia a tradiciones pertenece a la finitud histórica del estar-ahí tan originario y esencialmente como un estar proyectado hacia posibilidades futuras de sí mismo.”

Una determinación ontológica que describe de esta forma el *estar-en-el-mundo*, abre al *ser* en general o al jurista en particular a conformar su identidad en una proyección de posibilidades y tradiciones afines, que utilizamos para construir nuestras posibilidades de futuro, desde la definición de nuestra identidad histórica, aprovechando un aparatage teórico que nos sirve también en nuestro interés interpretativo particular. El nexo conductor es el lenguaje que hermenéuticamente reconstruye un relato de nuestra idealidad en la pertenencia y la posibilidad desde la historicidad. Este postulado choca con el tema de los ideales jurídicos y nos enlaza con un inconveniente palmario en la analítica existencial heideggeriana detectado por Gadamer, es decir, el de no contener dicha ontología:

“una formación existencial de ideales” *por ese motivo*, “el problema de la hermenéutica gana un rango *universal*, más aún gana una dimensión nueva. La pertenencia del interprete a su objeto, que no logra encontrar una legitimación correcta en la reflexión de la escuela histórica, obtiene ahora por fin un sentido concreto y perceptible, y es tarea de la hermenéutica mostrar este sentido.”³⁷⁰

La universalidad de la hermenéutica así entendida le da un estatuto ontológico superior al de las filosofías regionales y otros dominios categoriales concretos. El Derecho está dentro de esos dominios concretos, en ese recorrido ontológico-gnoseológico, lo devuelve al tronco común en la pre-estructura de su saber. El comprender borra cualquier posibilidad de ser entendido en términos de *sujeto-objeto*, por ello, ya no es pertinente la pregunta acerca de la legitimidad de la comprensión. El nivel de generalidad que ha tomado la hermenéutica hace que se coloque por encima de la escisión *sujeto-objeto*, *realismo-idealismo*, estamos ante un escenario más originario, el propio de la *comprensión*.

Ante esa ontología de la comprensión, el *prejuicio* en la concepción gadameriana se sitúa como una categoría válida para la comprensión, pero necesita rehabilitarse frente a la posición epistemológica moderna, que entiende el conocimiento como una

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 329.

apropiación que pone entre paréntesis el prejuicio. El Gadamer que interpretamos en *Verdad y método* se ubica en el ámbito de la revolución epistémica traída por *Ser y tiempo*, es decir, el de una hermenéutica que nos ofrece e intenta explicar. Nosotros tratamos de extraer utilidad para la comprensión jurídica, con la puesta de manifiesto de una *historia efectual*, la cual, nos da una alternativa, pues estamos aceptando al prejuicio de una forma productiva ya que, en Derecho hay muchos prejuicios en la forma de ideas, creencias y valores comúnmente reconocidos. Una definición común recogida por Gadamer nos dice que *prejuicio*:

“quiere decir un juicio que se forma antes de la convalidación definitiva de todos los momentos que son objetivamente determinantes. En el procedimiento jurisprudencial un prejuicio es una predecisión jurídica antes del fallo de una sentencia definitiva [...] prejuicio no significa pues en modo alguno juicio falso, sino que está en su concepto ser valorado positivamente o negativamente.”³⁷¹

Si la Ilustración pretendió eliminar el prejuicio frente a la búsqueda de verdades incuestionables en el juicio de la razón demostrativa, en palabras de Gadamer eso mismo se convierte en “un prejuicio limitador.”³⁷² Entonces, podemos discriminar los buenos – que son los que nos hacen comprender– de los malos –que son los que nos confunden–. Para Gadamer hará falta una conciencia formada hermenéuticamente –conciencia histórica–, que es la que nos proporciona un punto de encuentro con la tradición, ya que la comprensión empieza cuando algo nos interpela. Para ello, introduce la figura de la *autoridad* que ha de estudiarse a la luz de una teoría del prejuicio. De esta forma, la otra gran categoría, la *autoridad* es:

“un acto de reconocimiento y de conocimiento: se reconoce que el otro está por encima de uno en juicio y perspectiva y que en consecuencia su juicio es preferente o tiene primacía respecto al propio.”³⁷³ *La crítica romántica a la Ilustración supuso una fuente de autoridad en la tradición que* “posee una autoridad que se ha hecho anónima, y nuestro ser histórico y finito está determinado por el hecho de que la autoridad lo ha transmitido [...] y tiene poder sobre nuestra acción y sobre nuestro comportamiento.”³⁷⁴ *Entendiendo Gadamer que* “ el comprender debe pensarse menos como una acción de subjetividad que

³⁷¹ *Ibid.*, p. 344.

³⁷² *Ibid.*, p. 344.

³⁷³ *Ibid.*, p. 347.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 348.

como un desplazarse uno mismo hacia un acontecer de la tradición, en el que el pasado y el presente se hallan en continua mediación.”³⁷⁵

El *prejuicio* para Gadamer no puede ni debe ser evitado, pues es una forma de nuestra historia de *conciencia efectual*. Sin prejuicio no hay mínima conciencia con aquello que se va a interpretar, imposibilitando la puesta en marcha del proceso de interpretación. El prejuicio se plantea en el diálogo, cada texto tiene su palabra, y de esta forma convertimos al prejuicio en una fuerza motriz de la investigación, pero no en un posicionamiento inalterado, lo que interesa a la práctica jurídica de este proceder en el proceso de cognición es lo que estamos intentando rescatar con la tradición del diálogo, es decir, un dejarme hablar por mi interlocutor, que es un *tú* que habla oralmente o por escrito en los textos. Éstas son las virtudes intersubjetivas del diálogo en acción comunicativa con lo otro, que toma vida en el Derecho en un cariz que nos interpela y se hace determinante. La autoridad –por ejemplo, del juez, de una ley o de una fuente de normatividad jurídica– se ve como un ingrediente de la competencia para llegar a la verdad de unos hechos que nunca es absolutamente demostrativa, sino interpretativa, es decir, de diferentes puntos de vista donde se pone el énfasis en el intérprete para que ese acceso a la verdad de los textos legales sea una acción del intérprete en relación a los acontecimientos.

4.2.2. La comprensión hermenéutica en la superación de las aporías de la *verdad*

En la hermenéutica gadameriana estamos entendiendo que el conocimiento ya no deriva de un acto categorial, ni de la extracción de conceptos a través de una síntesis descrita en una analítica trascendental de una razón pura que se da en una conciencia inmóvil, o desde una dialéctica hegeliana representada en la conciencia por las figuras de la historia, entre *lo uno* y *lo otro*. Desde el punto de vista de una hermenéutica que estamos llevando hacia una tradición crítica estamos en un proceso de verdad por *desvelamiento*,

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 360.

ya no estamos ante la búsqueda de verdades axiomáticas o cartesianas, sino que comprender supone iluminar los puntos oscuros, una hermenéutica que coloca en el espacio de la comprensión a la *alétheia*.

Este posicionamiento respecto al conocimiento entronca con Heidegger y su ontología fundamental, ofreciéndonos un postulado inhibitor del concepto científico de *verdad*, donde la pre-estructura de la comprensión nos dará algunas claves para la hermenéutica jurídica contemporánea, la cual sigue en un ambicioso proceso de configuración renovadora al estilo de lo que Gadamer hizo para la hermenéutica filosófica. Tras liberarse en la inspiración heideggeriana de las ataduras ontológicas de concepto científico de verdad, Gadamer pretende avanzar en la teoría de la comprensión superando las insuficiencias del historicismo heideggeriano en el sentido de que con su concepción “la hermenéutica puede hacer justicia a la historicidad de la comprensión.”³⁷⁶

Ese giro hermenéutico de la comprensión resulta interesante para nuestro estudio de los intérpretes del Derecho, pues sitúa al intérprete en una posición fundamental, Gadamer recalca que “el intérprete tiene que hacer valer su opinión.”³⁷⁷

En el Derecho nos damos cuenta de que cuando tratamos de acercarnos al precepto legal, una jurisprudencia o una doctrina legal interesada, lo hacemos: primero, en un sentido global como conocedor de la historicidad de las tradiciones jurídicas; segundo, además con una predisposición específica de jurista interesado en un caso particular, en una especialidad concreta del Derecho, en una fuente del Derecho que queremos interpretar conforme a un sentido interesado que proyectamos en la interpretación. En ese proceso de interpretación heideggeriano descrito por Gadamer en la comprensión:

“El que quiere comprender un texto realiza siempre un proyectar. Tan pronto como aparece en el texto un primer sentido, el intérprete proyecta enseguida un sentido del todo. Naturalmente que el sentido sólo se manifiesta porque ya uno lee el texto desde determinadas expectativas relacionadas a su vez con algún sentido determinado. La comprensión de lo que pone en el texto consiste precisamente en la elaboración de ese

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 331.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 379.

proyecto previo, que por supuesto tiene que ir siendo constantemente revisado en base a lo que vaya resultando conforme se avanza en la penetración del sentido.³⁷⁸

De esta forma excavamos, por ejemplo, en la lectura de un texto jurídico y su contexto global, buscando en los artículos específicos unos tipos penales atenuados, esperando aplicar tal beneficio o exoneración de responsabilidades a nuestro caso particular, para afrontar estratégicamente un conflicto, en el que se da una acusación muy gravosa o atenuada que queremos confrontar dialécticamente en el proceso práctico del Derecho. Esa penetración de sentido interesada la hacemos porque intuimos que el espíritu de dicho código penal, promulgado, modificado o reformado en tal año y contexto, esperamos, o hemos leído u oído que fue menos o más estricto que los anteriores, por ejemplo, en los preceptos penales interesados. Las posibilidades que nos ofrece su experiencia interpretativa concreta pueden satisfacer nuestras pretensiones en Derecho.

En este caso particular del Derecho, la experiencia de la interpretación se resuelve en las expectativas del intérprete, ligadas a unos hechos complicados con los que hemos de lidiar como profesionales. También, por ejemplo, cuando buscamos jurisprudencia penal accedemos a los textos con unas expectativas, atraídos por un enunciado, que resume algún aspecto que nos puede servir estratégicamente en un caso particular similar al nuestro, en el que se absolvió, condenó, atenuó o agravó la acusación, en la búsqueda e indagación de unos matices interpretativos que nos interesan resaltar, dependiendo de cuál sea nuestro interés estratégico. El primer proyecto de sentido que inferimos a esa interpretación instrumental anticipa un nuevo proyecto de sentido, conforme vamos avanzando en la experiencia de comprensión, cumpliendo o negando el sentido de nuestras expectativas, el proceso dialéctico que estamos haciendo con los textos de la ley es además de una penetración de sentido en el Derecho.

A partir de estos postulados que nos muestran esta hermenéutica renovada, la comprensión de lo que pone en el texto consiste precisamente en la elaboración de este proyecto previo, no acudimos al texto con una intencionalidad husserliana poniendo en suspensión –*epoché*– nuestro marco de ideas, creyendo lograr un acto *noético* de captación

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 333.

de esencias conforme a nuestra intencionalidad. Por el contrario, vamos al texto con unas expectativas, unos prejuicios y un proyecto de vida que, conforme se hace experiencia en el juicio pragmático-instrumental avanza en la penetración del sentido y te reconforta o te decepciona, dependiendo del grado de utilidad práctica que te pueda reportar. Este proceder heideggeriano nos muestra que:

“toda revisión del primer proyecto estriba en la posibilidad de anticipar un nuevo proyecto de sentido [...] la interpretación empieza siempre con conceptos previos que tendrán que ser sustituidos progresivamente por otros más adecuados, y es todo este constante re-proyectar, en el cual consiste el movimiento de sentido del comprender e interpretar, lo que constituye el proceso que describe Heidegger.”³⁷⁹

De esta forma Gadamer está revisando el proyecto hermenéutico heideggeriano, el mismo está experimentando lo que describe, pues está fusionando en la conciencia histórica de su experiencia de comprensión lo que nos muestra, así con su concepción “la tarea hermenéutica se convierte por sí misma en un planteamiento objetivo.”³⁸⁰ Entendiendo que el proceso de comprensión en Heidegger caía en una especie de circularidad:

“El *círculo* en forma tal que la comprensión del texto se encuentra determinada continuamente por el movimiento anticipatorio de la pre-comprensión. El círculo del todo y las partes no se anula en la comprensión total *-algo que si ocurría en el círculo de Schleiermacher-* sino que, alcanza en ella su realización más auténtica [...] describe la comprensión como la interpenetración del movimiento de la tradición y del movimiento del intérprete.”³⁸¹

Lo determinante que nos aporta Gadamer en su visión es estar abierto a las opiniones del *otro* o del texto, en un diálogo que cobra vida y activa, dando vida a lo otro como interlocutor. Estamos ante la multiplicidad de lo opinable, algo que nos permite, no sólo dejar atrás las tendencias hacia la búsqueda de verdades demostrativas, sino también salir del círculo de las propias posiciones preconcebidas que, siendo esenciales para la penetración inicial del sentido en la experiencia del *otro*, nos abren a nuevas penetraciones de sentido para nuestras interpretaciones. Este paso del juego dialéctico de la comunicación, lo estamos defendiendo desde los capítulos anteriores de nuestro trabajo

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 333.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 335.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 363.

como *leitmotiv*, al pasar en el terreno de estas estructuras ontológicas del comprender, en la dialéctica, al terreno de lo opinable y la posición de lo otro, que hemos defendido a partir de la influencia de los dialécticos aristotélicos, y que ahora con la autoridad de esta ontología, nos inserta en ese juego de fusión de horizontes de las fuentes de autoridad, con una interpelación a lo nuestro.

Tal postulado pretende superar la ontología de la verdad y las cuestiones del método tan arraigadas en la ciencia, pues estamos ante una estructura ontológica circular en la comprensión, algo que tiende a restringirse en una práctica del Derecho tan dogmatizada, pues cuando leemos artículos, jurisprudencia o demás fuentes del Derecho, textos doctrinales, académicos, etc., las expectativas del sentido empiezan a reforzarse por esa autoridad, la fuente reconocida u obligacional y los contextos en los que tuvo un gran significado o sentido de utilidad esa fuente.

Estamos aprendiendo que el que quiere comprender está vinculado con el asunto al que se acerca y con lo que expresa la tradición, en sentido de transmisión *überlieferung*. Además, el contexto de conocimiento juega un papel esencial, algo que parece hablarnos o ser nuestro interlocutor. Cuando tratamos de realizar un acceso a la información desde nuestra perspectiva actual de intérprete, bajo esta concepción hermenéutica, lo dado cobra vida en nuestro círculo de comprensión, aunque sea en un sentido deontológico, que interesamos como juristas interpretar conforme a nuestros intereses y fines estratégicos.

Para Heidegger el *ser-ahí* y la comprensión forman un *círculo hermenéutico* que sabe que la pregunta sobre el *ser* sólo puede determinarse cuando partimos de alguna comprensión sobre el *ser*, esta determinación nos mete en la senda del prejuicio constitutivo. Si el pretendido saber objetivo de las ciencias, quiso romper con el prejuicio, en Heidegger vemos esa necesidad de rehabilitar el *prejuicio*, mostrándonos que hay una precomprensión como condición de posibilidad de que algo se presenta. El prejuicio, con este estatus atribuido por el autor, es preconstitutivo de la comprensión, algo que desarrollará brillantemente Gadamer en *Verdad y método*, no pudiendo continuar ya el conocimiento por la línea anterior de una captación *eidética* de esencias, que pretendió la línea tomada por fenomenología husserliana. Este giro hermenéutico se asienta en la concepción de que siempre partimos de una precomprensión, no existe una referencia de

conocimiento acabado, porque no hay un fundamento, ni una verdad absoluta, y lo que se presenta, se presenta tal y como se presenta, la *hermenéutica* es constante y es un proceso inacabado cuyos frutos pretendemos aplicar al Derecho.

El Derecho, al ser un instrumento manejado en la historia, con un pasado y un presente, su comprensión se presenta ante el problema del historicismo, este hándicap lo abordamos a propósito de las críticas vertidas por el post-hegelianismo. De esta forma, Gadamer se pregunta:

“¿No tendremos que admitir como fundamento de la hermenéutica la mediación absoluta de historia y verdad tal como pensaba Hegel?”³⁸²

Al analizar esta duda, Gadamer entiende que, si las verdades cambian históricamente, entonces las verdades que se han transmitido en la historia de la filosofía podría ser la historia de los errores. Gadamer ve en Hegel dos problemas esenciales que habremos de abordar: “la experiencia de lo otro y de la alteridad de la historia.”³⁸³ En Hegel se da un sistema de pensamiento en el que la experiencia termina en la auto-reflexión del concepto, es decir, la equivalencia entre el contenido de la experiencia y su forma conceptual. Hegel nos describía en su sistema filosófico una experiencia de la conciencia que se da en un proceso de formación de sucesivas experiencias con modificaciones en las *figuras* de la conciencia. Este planteamiento le permitía pasar en su dialéctica de las antiguas figuras a las nuevas figuras, las cuales, van a ser conceptualizadas en otras más perfectas, que permite en su dialéctica pasar de una experiencia a otra que desmiente, de lo contrario estaríamos en la misma figura.

El sistema hegeliano permitía una mediación de la historia con el presente. Por ello, puede hacerse ciencia social, de ese paso en su dialéctica surge el estatuto epistemológico de las ciencias sociales, en el que el concepto capta la totalidad de la experiencia, dando paso en su sistema al saber absoluto, la mediación entre historia y presente se hace entera concepto. Hegel está suponiendo un final de la historia, puesto que la posterior figura absorbe a la anterior y supera lo anterior en el juego dialéctico de perfeccionamiento que plantea. En ese sentido, no habría resto de experiencia que quede

³⁸² *Ibid.*, p. 415.

³⁸³ *Ibid.*, p. 420.

fuera del horizonte de interpretación de la hermenéutica, Gadamer sospecha que la experiencia no se deja clausurar en el concepto, discutiendo en su propuesta filosófica la dialéctica hegeliana, algo que le lleva a la necesidad de tener que analizar en profundidad histórica la noción de experiencia.

En su papel de buen conocedor de las tradiciones filosóficas, Gadamer trata de salir de ese idealismo donde la experiencia del objeto reconfigura al sujeto. Un sistema de pensamiento en el que el sujeto-objeto se funden en el idealismo hegeliano, al ver que en la experiencia se da una situación donde lo experimentado se convierte en otro sujeto. Una de las peculiaridades de esta *experiencia hermenéutica* es la de convertirse en un *tú*, nos permite acceder a un macro-sujeto que tiene que vérselas con dos elementos esenciales: el *lenguaje*, que vimos con su ontología, que nos configura al realizar la acción de convertirnos en seres de lenguaje; y la *tradición*, otro elemento esencial que nos constituye y nos conformamos en relación a ese movimiento dialéctico de la comprensión, en una fusión de horizontes en el efecto de la historia, conforme a la aportación esencial que estamos tratando de explicar de la concepción gadameriana.

La solución de Heidegger al hegelianismo no ha de circunscribirse exclusivamente a una solución ontológica, aprecia Gadamer, que además requiere de una mayor profundidad de la noción de *historia*. En este sentido, la noción de *historia efectiva* es una categoría que posibilita superar las deficiencias de la historicidad en los planteamientos heideggerianos, puesto que:

“en última instancia el historicismo sólo encuentra su legitimación en la posición de Hegel”³⁸⁴ *para ello, entiende Gadamer que “nos vemos obligados a determinar la estructura de la conciencia de la historia efectiva.”*³⁸⁵

Esta es una labor esencial emprendida en la innovación hermenéutica gadameriana, que entiende que su estructura es la *experiencia*. Tal plasmación, será desarrollando en la experiencia dibujada por Gadamer, que, por ello, pasamos a estudiar con mayor detenimiento por su gran utilidad para la práctica jurídica.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 416.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 420.

4.3 Las claves de la *experiencia hermenéutica* gadameriana: la estructura de la conciencia de la historia efectual y la fusión de horizontes

Entrando con mayor detalle de esas categorías que venimos introduciendo en el análisis de la historicidad de la experiencia, tanto Gadamer como nosotros al tratar de hacer nuestra propia experiencia, accedemos e interpretamos con una penetración de sentido interesado los textos y las fuentes de autoridad en la materia que pretendemos trabajar. En esa ardua tarea entendemos que la filosofía de la conciencia, tras Descartes y Kant, encuentra en la experiencia hegeliana un momento *culmen* en el idealismo alemán, al entender que la experiencia se hace en la conciencia consigo, permitiendo la fusión entre el *sujeto* y el *objeto*. Una experiencia así entendida vimos que produce una “unidad consigo mismo. Esta es la inversión que acaece a la experiencia, que se reconoce a sí misma en lo extraño, en lo otro.”³⁸⁶

En la crítica al hegelianismo vertida por Gadamer se entiende que el proceso de comprensión ha de superar esa dialéctica hegeliana de *lo uno* y *lo otro*, que genera el conocimiento desde la multiplicidad de los contenidos y las figuras de la conciencia en la historia, en un proceso dialéctico diseñado por Hegel para el conocimiento, que está inmerso en una continua búsqueda del perfeccionamiento. Una dialéctica tan ambiciosa como la hegeliana peca de acabar superando toda experiencia para alcanzar el saber absoluto, consumando en la misma identidad la *conciencia* y el *objeto*. Gadamer más modesto en sus pretensiones nos habla de una *experiencia* con dos cualidades esencial:

La primera, “la verdad de la experiencia contiene siempre referencia a nuevas experiencias. En este sentido la persona a la que llamamos experimentada no es sólo alguien que se ha hecho el que es a través de experiencias, sino también alguien que está abierto a nuevas experiencias;”³⁸⁷ *la segunda cualidad es que*, “la verdadera experiencia es así experiencia de la propia historicidad” *que es en su concepción la estructura o modo de ser de la conciencia de la historia efectual.*

Entonces entendemos que una de las cualidades esenciales de la verdadera experiencia es una capacidad de crear nuevas experiencias en la conciencia de la historia

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 431.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 431.

efectual. La virtud de este proceder concebido así por Gadamer supone una apertura a lo nuevo, al futuro, dando prioridad a las expectativas y posibilidades de tener nuevas experiencias hermenéuticas. Al hacer nuevas experiencias, estamos ante una actitud de apertura, dispuestos a escuchar la negatividad de la experiencia, que en la dialéctica negativa y la visión de autores críticos que estamos seleccionando, nos permite enriquecer nuestra interpretación de las fuentes de autoridad seleccionadas, rompiendo con lo que esperábamos. De esta forma, la *experiencia hermenéutica* gadameriana se sintetiza en tres rasgos:

1. La *apertura*: que significa estar sensible a lo nuevo, formando parte de la esencia histórica del hombre, porque somos seres que mudamos y asumimos lo que se nos enseña, lo cual adquirimos por tradición, algo que es puesto en cuestión gracias a la experiencia de la negatividad que hacemos. Bajo esta concepción la historia sería un efecto de asumir lo que se trasmite y cuestionarlo.
2. El *buen juicio*: entendido en la capacidad de interpretar una situación eligiendo los principios de acción más pertinentes, el actuar conforme a la *frónesis* aristotélica, virtud que inspira al profesional en una larga tradición. Este rasgo nos hace apreciadores certeros, porque somos capaces de apreciar lo particularmente nuevo estando abiertos a lo que nos adviene.
3. El *aprender del padecer*, es decir, aprendemos de lo que nos pasa y no habíamos esperado, pero como nos golpea, estamos ante la experiencia del *pathos*. Cuando de la experiencia hermenéutica deriva un sufrimiento aprendemos a saber de nuestros propios límites, jamás tenemos en las manos todas las variables de esa experiencia, estamos ante un padecer de inspiración heideggeriana al expresar Gadamer que:

“la verdadera experiencia es aquella en la que el hombre se hace consciente de su finitud. En ella encuentra su límite el poder hacer y la autoconciencia de una razón planificadora.”³⁸⁸

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 433.

El tener una experiencia no sólo modifica lo que va a venir después, sino todo lo que nos ha precedido. Entonces, la hermenéutica permite cambiar el relato y la teoría de la comprensión toma sentido. Además, al hacer tantas experiencias y poder hacer muchas más en el futuro, nos permite encontrar una buena forma de enfrentar el dogmatismo, y a diferencia de muchas de las experiencias anteriores, estas nuevas formas de entenderlas nos sitúan en una posición de “apertura a la experiencia que es puesta en funcionamiento por la experiencia misma.”³⁸⁹

Analizados los avatares del *comprender*, ahora lo que nos interesa de Gadamer en el tema de la responsabilidad del jurista es la experiencia del *buen juicio*:

“El ser histórico del hombre contiene así como momento esencial una negatividad que aparece en esta referencia especial de experiencia y buen juicio. Este buen juicio es algo más que conocimiento de ese o aquel estado de cosas. Contiene siempre un retornar desde la posición que uno había adoptado con ceguera. En este sentido implica siempre un momento de autoconciencia y representa un aspecto necesario de lo que llamábamos experiencia en sentido auténtico. También el buen juicio sobre algo es algo a lo que se accede. También esto es al final una determinación del propio ser humano: ser perspicaz y apreciador certero.”³⁹⁰

El buen juicio se convierte en unas experiencias auténticas, ser perspicaz y apreciador certero son virtudes éticas apreciadísimas a fomentar entre los profesionales del derecho. Al hacer nuestra experiencia hermenéutica conforme a Gadamer en nuestro horizonte interpretativo del Derecho y las profesiones jurídicas, nos está ocurriendo algo revelador, es decir, que:

“La experiencia que uno hace transforma el conjunto de su saber [...] sólo un nuevo hecho inesperado puede proporcionar al que posee experiencia una nueva experiencia. De este modo la conciencia que experimente se invierte: se vuelve sobre sí misma. El que experimenta se hace consciente de su experiencia, se ha vuelto un experto: ha ganado un nuevo horizonte dentro del cual algo puede convertirse para él en experiencia.”³⁹¹

Esta forma de experimentar que recuperamos de la concepción gadameriana implica un autoconocimiento llamado experiencia en sentido auténtico, que se diferencia de la autoconciencia hegeliana al dar sentido a la tradición en la conciencia histórica

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 432.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 432.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 429.

efectual. El posicionamiento gadameriano coloca al intérprete en una situación de apertura para hacer nuestra experiencia hermenéutica en los textos jurídicos, en la literatura neurocientífica, en la práctica jurídica, en la tradición filosófica. Algo similar le pasa a Gadamer al interpretar los textos de Hegel y las lecturas posteriores de otras tradiciones, estos textos y fuentes de autoridad tienen una capacidad de interpelarnos en dos sentidos: un *horizonte de experiencia* y el *horizonte de experiencia del lector*. El texto ha interpelado a diferentes horizontes de lectores separados en el tiempo entre sí, por ejemplo, de lectura de un clásico como la *Fenomenología del Espíritu* y sus interpretaciones y las críticas posteriores que ha sufrido. Esta multiplicidad de horizontes de experiencia tiene la capacidad de producir una interpretación del texto que difiere, no sólo de la interpretación o sentido originario del texto, algo imposible de acceder para nosotros bajo el prisma temporal, sino también de las anteriores interpretaciones posteriores al texto, como las críticas del post-hegelianismo.

La *fusión de horizontes* tiene la peculiaridad de ofrecer un horizonte del *texto* y otro del *lector*, no puede ser una hermenéutica de lo que verdaderamente dijo el autor, como pensaba la hermenéutica clásica, alimentando las limitaciones arrastradas desde antiguo por la hermenéutica jurídica y reduciéndola a una suerte de propedéutica o técnica de exégesis de textos o fuentes del Derecho. Ante la nueva visión de la hermenéutica mostrada por Gadamer estamos ante un *yo* y un *tú* como horizontes, es decir, en apertura o sentido libre de ataduras. Lo que le sigue a una interpretación de la hermenéutica así concebida no es una verdad definitiva, sino la puesta en juego de una serie de elementos interpretativos. En la reconstrucción de ese proceder, el jurista como intérprete ha de extraer mecanismos útiles para el uso interpretativo del Derecho.

Además, la experiencia neurocientífica se puede testear a la luz de estos postulados, pues ofrece evidencias empíricas en la observación del cerebro de la mano de una ciencia moderna con una voluntad por objetivar la experiencia del científico, en la que se produce una:

“idealización del lenguaje que es inherente siempre a toda adquisición de experiencia, y en la que opera la pertenencia del yo individual a una comunidad lingüística.”³⁹²

³⁹² *Ibid.*, p. 422.

Es el caso de lo experimentado por la comunidad lingüística de la neurociencia, entendemos que se ha construido ayudado por el lenguaje de otras muchas disciplinas. Estamos ante un cúmulo de otras experiencias previas que forman parte de esta novedad, y en el proceso histórico de experiencias ganadas por la ciencia experimental el conocimiento obtenido era válido hasta que recibiera su refutación, revisión o confirmación por otras experiencias. Por ello, en ese continuo movimiento de experimentación inacabado es en el que nos vamos haciendo expertos. Además, enriquece con un horizonte de tradición crítica que encontramos en Gadamer cuando nos dice que:

“la verdadera experiencia es siempre negativa [...] la negatividad de la experiencia posee en consecuencia un particular sentido productivo [...] A esta forma de experiencia le damos el nombre de dialéctica.”

El problema de la mediación entre historia y presente lo encontramos en que se requiere de un cierto juego de observación y pertenencia de aquello que hemos llamado *historia efectual*, porque, nosotros formamos parte de la historia efectual de lo que pasó. El juego de equilibrio se da entre la distancia y la participación con sentido en la conciencia de historia efectual, pues es lo que hace que seamos a la vez ininteligibles. Como efecto de aquello que sucedió, se da un componente de trasmisión y otro de apropiación, el cual conlleva a su vez también un componente esencial del prejuicio mencionado, puesto que sin historia no hay relato. Lo que se está planteando desde la hermenéutica es algo que estamos intentando corroborar al hacer nuestra la hipótesis gadameriana, que la historia efectual nos plantea una alternativa que acepta al prejuicio de una forma productiva.

Al intentar comprender la *neurociencia* en su historicidad, aunque sus postulados parezcan relativamente recientes, cuando la estudiamos “nos hallamos siempre bajos los efectos de esta historia efectual,”³⁹³ algo que ocurre de forma similar con el Derecho y la práctica jurídica, puesto que: “la elaboración de la situación hermenéutica significa entonces la obtención del horizonte concreto para las cuestiones que se nos plantean cara a la tradición.”³⁹⁴

³⁹³ *Ibid.*, p. 371.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 373.

Cuando el Derecho pone sus miradas en las neurociencias quiere ganar un horizonte de sentido para ampliar lo que ya conoce, lo mismo le pasa al *neuroderecho* en la tradición del Derecho, que ha de ganar el horizonte de pertenencia en la tradición neurocientífica. Este proceso genera fricción y debe equilibrarse con sus propias tradiciones precedentes, sean unas u otras más o menos compatibles, es decir, que reafirman, contradicen o matizan ciertos sentidos precedentes. Pero, el Derecho y las tradiciones que se aproximan a su estudio tienen un arraigo histórico muy extenso en lo temporal, algo que ocurre en el terreno de la especificidad del Derecho, desde las diferentes tradiciones jurídicas dadas en la historia. Todas las disciplinas que alimentan conceptual y categorialmente el Derecho vienen integradas en un todo más grande de categorías, creencias y valores propios, en el acervo histórico del saber, que se conforma gracias a otras tantas tradiciones de pensamiento que permite afrontar la experiencia de la hermenéutica jurídica en muchos horizontes de sentido posibles a interpretar por el intérprete, ya que:

“Una situación hermenéutica está determinada por los prejuicios que nosotros aportamos. Estos forman así el horizonte de un presente, pues representan aquello más allá de lo cual ya no se alcanza a ver [...] el error de que lo que determina y limita el horizonte del presente es un acervo fijo de opiniones y valoraciones, y de que frente a ello la alteridad del pasado se destaca como un fundamento sólido. En realidad, el horizonte del presente está en un proceso constante de formación en la medida en que estamos obligados a poner a prueba constantemente todos nuestros prejuicios [...] El horizonte del presente no se forma pues al margen del pasado. Ni existe un horizonte presente en sí mismo ni hay horizontes históricos que hubiera que ganar. *Comprender es siempre el proceso de fusión de estos presuntos «horizontes para sí mismo».*”³⁹⁵

Para Gadamer esta fusión de horizontes que tiene lugar en la tradición es la conciencia *histórica efectual*, “en ella lo viejo y lo nuevo crecen siempre juntos hacia una validez llena de vida.”³⁹⁶ En este sentido, la *experiencia hermenéutica* es de un *tú* que puede ser hecha de varias maneras: por un lado, como un *tú* que busca un conocimiento previsible, el de las ciencias del tipo de la psicología, la economía, la sociología, etc.; además, la que relaciona al *otro* con el *sí* mismo –en el inter-subjetivismo de la interpelación jurídica que queremos entender en diálogo–, y que en Hegel dificulta ese

³⁹⁵ *Ibid.*, pp. 376 y 377.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 377.

reconocimiento al estar inmersa su dialéctica de la lucha entre el *amo* y el *esclavo*, por eso no es emancipador, con Gadamer existe algo que ha hecho fortuna en la filosofía contemporánea, el *reconocimiento* que tiende a tener en cuenta las pretensiones del *tú*; por último, la experiencia hermenéutica del *tú* que se da en la conciencia histórica es lo que en Gadamer supone una categoría innovadora y venimos denominando conciencia de la *historia efectual*.

La conciencia histórica ha sido concebida como algo que puede hacerse con historiografías objetivas al hablar de un pasado cerrado. Sin embargo, eso no agota nuestra conciencia histórica. La hermenéutica que estamos intentando aprovechar para el Derecho intenta hacer ver que se exige una relación distinta, mostrándonos que lo que se nos ha transmitido está vivo y nos interpela. Por este motivo, este análisis de la experiencia en la estructura de la *conciencia de la historia efectual* tiene que darse como una *fusión de horizontes*. Y puesto que una *tradición* es un horizonte de inteligibilidad, en ella encontramos una unidad de sentido que se convierte en el elemento interlocutor de una conciencia de la historia efectual, la cual, necesita: por un lado, que aquello –*tú*– opere como una unidad de sentido, teniendo el horizonte de lo transmitido como algo con lo que entremos en diálogo; por otra parte, se requiere además que el otro horizonte, el del *yo* intérprete, cuando estemos ante una conciencia de la *historia efectual* se produzca un diálogo entre un *yo* y un *tú*, que alimenta cognitivamente la conciencia del *yo*, pero, cuestionándonos si un diálogo es una forma o no de ponerse de acuerdo.

En los pasos que estamos descubriendo en la concepción hermenéutica de Gadamer encontramos grandes utilidades para el Derecho, puesto que nos muestra que el diálogo supone que el *yo*, el que interpreta, esté dispuesto a hacer valer las pretensiones del *tú*. Esto ya presupone una predisposición al acuerdo, algo que en los conflictos institucionales presenta una gran dificultad, y a pesar de que se deriva un *yo consciente* que resalta los elementos de nuestro propio horizonte, estamos ante un acto de *auto-gnosis*, confrontando el propio horizonte con el de un *tú*, que tiene que estar reconstruido para que tengamos la garantía de que el *tú* está hablando por sí mismo.

La *fusión de horizonte* no es de imposición, ni de ignorancia de uno al otro –es decir, de adhesión incondicional del auditorio al discurso del orador–. A los diálogos, en el Derecho, le subyacen un *telos* que busca la co-implicidad en las pretensiones del *otro*.

Además, en Derecho impera el intento de hacerlas valer, porque, sólo sí el tú es construido de manera relevante, el proceso o la experiencia es de aprendizaje, sea en su positividad de confirmar o en la negatividad de desmentir.

El Derecho y su práctica ha venido indisociablemente ligando su sentido y su práctica a un *telos* o *topos* de razón instrumental. La *historia efectual* nos ofrece otra óptica respecto a la cognición del Derecho y sus contextos de aplicación, viene a ser el modo en el que el diálogo histórico se puede repetir indefinidamente. El intérprete y los muchos intérpretes posibles se encuentran cada vez en una situación de interpretación distinta, es lo que ocurre con asiduidad en la interpretación dispar o confrontacional del Derecho en la práctica cotidiana.

Este posicionamiento con un proceder muy específico en la práctica jurídica requiere de una *ética aplicada*, que enseñe valores comunes a seguir frente al mero uso instrumental del Derecho. Un profesional guiado bajo parámetros ético en sus prácticas, en sus interpretaciones que la acontecen, resulta indisoluble al juicio pragmático y de responsabilidad, pero en su práctica dialéctica, es altamente recomendable una salvaguarda de requisitos éticos mínimos para su proceder, pues apropiarse de un proceso válido y justo con tantos horizontes de sentido ayuda a enriquecer éticamente la práctica jurídica.

4.4 Los problemas de la *hermenéutica jurídica*: algunas referencias básicas en Gadamer y Habermas

4.4.1. La prehistoria de la hermenéutica romántica

La *hermenéutica jurídica* es un tema sugestivo cuya visión histórica en los autores que venimos manejando resulta interesante si lo que pretendemos es circunscribir su foco de estudio al dominio de la práctica jurídica. En la visión que de ella nos ofrece Gadamer encontramos a un autor decidido que pretende superar una concepción tradicional que denomina como *La prehistoria de la hermenéutica romántica*,³⁹⁷ la cual la reducía tradicionalmente a una técnica que pretendía acceder a los textos bajo esa tradición exegética antiquísima, hoy en día claramente insuficiente, si lo que pretendemos es atender las necesidades prácticas del Derecho desde una perspectiva hermenéutica de la interpretación. Al igual que la hermenéutica teológica y la filológica, esta hermenéutica jurídica clásica operaba “tratando de poner al descubierto el sentido original de los textos, a través de un procedimiento de corrección casi artesana.”³⁹⁸ Una forma de acceso a los textos legales que reducía la técnica jurídica a una suerte de *propedéutica* o “arte de interpretación correcta de las fuentes escritas.”³⁹⁹

La hermenéutica jurídica que nos describe Gadamer en algunos lugares de *Verdad y Método* resalta esas limitaciones que suponían situar al jurista en un estatus epistemológico inferior al de un historiador del derecho, es decir, de los que practican las leyes frente a los que las estudian, reduciéndola a una suerte de hermenéutica regional, dependiente de una hermenéutica filosófica general. Esa minusvaloración era debida, principalmente, a dos razones: primero, porque, conforme al proceder de la escuela histórica del Derecho se trataba de justificar el presente en términos del pasado; en

³⁹⁷ H. G. GADAMER. (2012): *Verdad y método I. op. cit.*, p. 226.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 226.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 229.

segundo lugar, porque, quedaba reducida a un ámbito regional, que en sus palabras suponía que:

“no intenta comprender textos dados, sino que es un simple medio auxiliar de la praxis jurídica encaminado a subsanar ciertas deficiencias y casos excepcionales en el sistema de la dogmática jurídica.”⁴⁰⁰

A esta hermenéutica jurídica, en opinión de Gadamer, le faltaba una conciencia histórica, aspecto general y gran aportación de la hermenéutica filosófica gadameriana. Otro inconveniente era que tampoco lograba desligarse del “lazo dogmático,” algo que sí consiguió la metodología científica auspiciada por la razón científico-técnica lograda en la modernidad. Esta delimitación de la *hermenéutica jurídica* para Gadamer nos metía en dos prácticas claramente diferenciados, la del *historiador jurídico* y la del *jurista*: el primero, un intérprete que comprende, históricamente, en ese estatus más reforzado que le otorga la conciencia histórica, en una categoría de intérprete supuestamente superior que provee de un sentido más completo de la ley y el Derecho; el segundo, el de un operador del Derecho o jurista que interpreta jurídicamente, en un estatus minusvalorado, que depende de la mirada dogmática. Pues a los juristas, la doctrina legal les provee de los criterios de aplicación del Derecho vigente, y sin su concurso, la práctica jurídica pierde esos sentidos aplicativos enraizados en la legalidad vigente, es decir, en la doctrina legal interpretativa y la jurisprudencia que la contiene, las cuales determinan la delimitación clarificatoria del Derecho que se ha de interpretar conforme a ese criterio doctrinal en su aplicación.

En este proceder, el sentido que el jurista daba a la ley venía determinado por el caso concreto al que encontraba un contenido normativo aplicable, bajo una interpretación sistemática y teleológica, algo encasillado tradicionalmente en la técnica exegética que además producía un posicionamiento bastante reduccionista de lo que supondría una comprensión global del Derecho. En la aplicación del Derecho nos encontraríamos, no ante un historiador del Derecho, en un sentido teórico, sino en el punto de vista de un experto en leyes actual, el cual requiere cada vez con mayor frecuencia, en su ejercicio cotidiano, mayores dosis de sofisticación y cualificación en el manejo de la

⁴⁰⁰ *Ibid.*, pp. 396 y 397.

técnica y los instrumentales jurídicos disponibles. En una sociedad como la nuestra, con una mayor interpenetración de sistemas jurídicos por materias y jurisdicciones territoriales nacionales y supranacionales. Gadamer entiende que el jurista, para adecuar el sentido de la ley, necesita tener un conocimiento histórico, “sentido originario [...] y reconducir esa comprensión adaptándola al presente jurídico.”⁴⁰¹

Las exigencias y los contextos del jurista actual son diferentes. Éste, en su formación universitaria, tiene un cierto acceso a las tradiciones jurídicas que le precedieron. Además, muchos de esos términos manejados en la historia son útiles porque siguen vigentes, aunque muchos con sentidos diferentes, pues son fruto de la tradición y se aprende en su formación básica, y posteriormente, se refuerza su conocimiento o se amplía con otros en la práctica cotidiana, y en la especialización que recibe el jurista durante toda su vida profesional en un proceso formativo continuo. El jurista requiere en cada experiencia particular de impulsos comprensivos en los horizontes de sentido que se va conformando, que se dan en la conciencia del derecho histórico, el derecho comparado, la doctrina, los contextos de producción y los de aplicación pasados y actuales, entre algunos de los factores implicados. La comprensión del Derecho requiere de una compleja fusión con las instituciones históricas que todavía comparten elementos en la conformación de la interpretación vigente.

Por ejemplo, el jurista puede saber que determinadas instituciones del derecho civil, tan significativas, como el matrimonio, la tutela, la curatela, la legítima, la *usucapion* o la *traditio*, entre otras muchas, tienen un pasado histórico, por ejemplo, que provienen de la tradición del derecho romano, de las compilaciones justinianas u otras fuentes como el derecho germánico o las codificaciones liberales o napoleónicas, etc. Pero ese saber que parece ser el propio del historiador del Derecho o del profesor de derecho romano, de derecho civil o de derecho internacional, etc. Al jurista común le pueden interesar como conocimientos generales de su tradición y su vigencia, para comprender con una mayor amplitud de miras la vigencia de la terminología y las categorías que utiliza. Pero lo que más le interesa en su interpretación es lo que pretende utilizar, lo que le aprovecha de ellas, aportándole elementos para la conformación de su

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 398.

sentido actual, en la experiencia presente del Derecho, en su extracción de utilidad, es decir, la configuración presente de esa tradición en el derecho vigente enfocada a su utilidad práctica.

La visión histórica forma parte de su contextualización cultural, pero, cuanto más nos alejamos en el tiempo de sus contextos de producción, más difícil resulta captar sus sentidos originarios. Las instituciones temporales no son inmóviles, la dinamicidad del Derecho las muta a las nuevas necesidades sociales, su utilidad sufre adaptaciones configurativas en unos contextos prácticos dinámicos, en la variabilidad de las necesidades actuales, tan diversas en las prácticas específicas del Derecho con tanta especialización, y a la par de las necesidades sociales e institucionales, que campan por doquier en nuestra dinámica social de convivencia.

En la conciencia histórica gadameriana pierde vigencia esa voluntad de los exegetas clásicos por captar el sentido originario de los textos. La comprensión fusiona ambos horizontes, pasado y presente, en la vivencia del sujeto experiencial, tomando vida en la proyectiva de su intencionalidad interpretativa como expectativa. La *hermenéutica jurídica* es más peculiar que la concepción general de la hermenéutica filosófica en Gadamer, pues se guía por la dogmática jurídica actual, que es el elemento vertebrador imprescindible de su interpretación, conforme al sentido prescriptivo de las fuentes de legalidad vigente.

Un ejemplo aclaratorio lo vemos en las exposiciones de motivos o los debates preliminares o parlamentarios a la aprobación de una ley. Una vez que accedemos a ese sentido histórico, es decir, conocemos cuál era el sentido o espíritu programático de esa ley, puede resultar un material valioso para un juez. Cuando el juez se enfrenta inicialmente a las primeras interpretaciones sobre normas o aspectos conflictivos sobre esas leyes, en el caso de que fueran, por ejemplo, normas recién promulgadas y novedosas, respecto de las cuales debe sentar los primeros precedentes. Ante esos hechos nuevos, en la concepción de Gadamer, cuando el juez:

“intenta adecuar la ley transmitida a las necesidades del presente tiene claramente la intención de resolver una tarea práctica [...] en su caso comprender e interpretar significa

conocer y reconocer un sentido vigente. El juez intentará responder a la idea jurídica de la ley mediándola con el presente.”⁴⁰²

El legislador no puede sustraerse a lo ideológico, este sentido está en su origen e interpretación. Por eso, al conformar sus leyes, éstas tienen un claro sentido programático, en el campo de los usos o utilidades políticas. El juez encuentra una dificultad al tratar de interpretar cuál es el espíritu que auspició el legislador al promulgar dicha ley, algo muy subjetivo. Este sentido, si podemos aproximarnos a él, si pudiera ser recogido en un preámbulo, en los debates públicos o parlamentarios previos a la ley, etc. Al juez no le son vinculantes esos sentidos, pero sí aclaratorios, pues puede articular una aproximación valorativa de los principios y valores que la inspiraron, porque la *hermenéutica jurídica* no permite acceder a una lógica apriorística del Derecho o a un sentido originario, sino que desplaza el plano de la comprensión al sujeto jurídico con sentido, desplazando al jurista del método jurídico hacia la conexión del sujeto intérprete con los hechos y los acontecimientos, que generaron e implican el Derecho en la nueva experiencia práctica que nos disponemos a desplegar.

En este posicionamiento del intérprete frente a la comprensión de las leyes, la historia es su propio presente porque es, precisamente, cuando toma luz para el profesional su propia *experiencia hermenéutica* en la práctica jurídica, fusionando los múltiples horizontes de sentido y articulando una interpretación comprensiva global de los horizontes y los contextos históricos. Así, el jurista reafirma su punto de vista apoyado por su conocimiento integral y específico del Derecho.

Los prejuicios precomprensivos están en la dogmática jurídica, su historia, los contextos históricos, la tradición, el derecho vigente y el comparado, en el contexto de aplicación del caso particular, en las ideas, creencias y valores del intérprete, etc. Todo un crisol de elementos valorativos que coloca al intérprete jurista en una posición no arbitraria, sino de elección de sentidos, que ha de ser perspicaz y de buen juicio. Estamos ante una actividad altamente especializada, que parte doctrinalmente del sentido deontológico de unas prescripciones normativas, en cuya cúspide podríamos encontrar los principios rectores del ordenamiento jurídico, y toda la jerarquía de fuentes que

⁴⁰² *Ibid.*, p. 400.

vinculan a todos y en especial a los juristas, considerados los intérpretes preferentes y especializados del Derecho.

En esa línea deontológica tan rígida que determina el mundo del Derecho, Gadamer señala que “para la posibilidad de una hermenéutica jurídica es esencial que la ley vincule por igual a todos los miembros de la comunidad jurídica.”⁴⁰³ Ésta es una de las máximas reconocidas por el ordenamiento jurídico, la universalidad de la ley, que se apoya en el principio de igualdad ante la ley, con excepciones de algunas figuras institucionales reducidísimas inimputables o con fueros específicos de responsabilidad distintos a los comunes –ejemplo: diputado, parlamentarios, monarcas, presidentes del gobierno, menores de 14 años, personas con las capacidades intelectuales y volitivas alteradas, etc.–

De lograr ese objetivo constitucional se asegura el principio de legalidad y otros tantos principios y normas jurídicas ordenadores del sistema jurídico, que condicionan y aportan un cariz deontológico y prescriptivista a la interpretación del Derecho. Éste es un elemento esencial del Derecho, que ya viene determinado en su sentido fuerte por esa cualidad coercitiva que imprime un sistema normativo jurídico, que obliga y refuerza su contenido deontológico en las conciencias de los destinatarios a base del miedo inferido por un amplio catálogo de sanciones posibles frente a sus incumplimientos, pero arrastrando los clásicos problemas de justificación o fundamentación de estos sistemas coercitivos.

Estamos de acuerdo en el avance que supone Gadamer con su hermenéutica, ya que una mayor concreción del Derecho se consigue con su aplicación práctica, tratando de lograr la ausencia de arbitrariedades entre sus objetivos. El desacuerdo, en cambio, lo mantenemos relativo a la limitación que establece al tratar de reducir esa aplicación a una tarea exclusiva del juez y bajo la técnica de la ponderación, cuando otros órganos y administraciones también aplican, administran o fiscalizan el Derecho, a través de variados métodos que estudia la ciencia jurídica. En cambio, para Gadamer en la relación íntima que establece entre la dogmática y la hermenéutica, concede prioridad a la segunda, que en su opinión esquivaba la tendencia a caer en la exclusividad de los procesos

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 401.

de subsunción como método jurídico de aplicación del Derecho.⁴⁰⁴ Ese mérito de no caer en la convencionalidad en las decisiones judiciales se lo reconoce Habermas, pues supondría, conforme nos dice el autor, caer en aquella circularidad de la cual ya nos alertaba Aristóteles, relativa a la explicación de una regla que no puede regular su propia aplicación.⁴⁰⁵

La comprensión del Derecho, enfocada en su aplicación ante las instituciones, es más compleja que esa mera reducción de los elementos en juego a unas cuantas categorías. Requiere componentes concretos de la técnica jurídica, es decir, conocer muchos elementos específicos del Derecho: las distribuciones de competencias y jurisdicciones, el entramado institucional y su regulación, así como otras muchas funcionalidades procesales, materiales o intuitivas que se dan en el ejercicio práctico del Derecho. Por ejemplo, estaríamos comúnmente incumpliendo el Derecho –ley de seguridad vial– al cruzar la calle por una zona no expresamente señalizada. El incumplimiento inconsciente no exoneraría de responsabilidad, por lo menos en esta jurisdicción administrativa, en una interpretación estricta, si una autoridad competente nos sancionará por ello sería difícilísimo probar ante un tribunal esa inconsciencia, desde una diligencia media que se le presupone a un ciudadano con plenas capacidades mentales. Todo este acervo y bagaje tienen una historia, un contexto histórico de promulgación, y otros tantos de rectificaciones, reformas o ajustes constantes de las normativas vigentes, que se dan con asiduidad en la práctica jurídica. Además, se da el caso de que en todo actuar eminentemente humano hemos de tener en cuenta que al intérprete le incumben unos elementos personales y subjetivos en una cotidianeidad práctica cambiante.

Todos estos condicionantes y factores concomitantes nos muestran que la práctica jurídica no es una labor exclusiva del historiador, sino del jurista, que alejado en sus necesidades de un hermeneuta clásico, en su interpretación de los hechos concretos ante los que se enfrenta, requiere además de una visión global y temporal. Por ejemplo, un abogado para entablar una negociación con la fiscalía competente en un determinado

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 402.

⁴⁰⁵ J. HABERMAS. (2010): *Facticidad y validez*. 7ª ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, p. 268.

asunto, necesita conocer, no sólo la normativa vigente que afecta al caso y su evolución temporal, sino también la variabilidad de sus criterios de aplicación respecto a una o varias normas, en esa competencia y circunscripción específica donde actúa, además variable en matices en cada fiscal. Un saber de especialización, propicio para optimizar su labor, así como los posibles criterios variables que se dan en la institución y la persona que lo interpreta, que en muchos casos depende de los casos concretos y los matices que se están interpretando, desde muy diferentes puntos de vista en juego.

4.4.2 Una hermenéutica jurídica que cobra vida en lo otro

En esta descripción que estamos viendo del avance de la teoría de la interpretación vemos que las leyes son objeto de interpretación sistemática y teleológica en la metodología jurídica, algo esencial para su aplicación, pero su interpretación no es algo que solamente responda al designio del legislador o la doctrina jurisprudencial asentada. También bajo esta tradición ha de responder a un sentido hermenéutico-filosófico, el cual reposa, conforme a la concepción gadameriana, en una conciencia histórica del Derecho, que se construye con *lo otro* –y no sólo estamos hablando de sujetos, sino, también, de los textos, que cobran vida en la experiencia del intérprete–. Además, tampoco debemos con este paso que estamos descubriendo de la hermenéutica jurídica, tan solo circunscribirlo a un caso concreto, sino entenderlo en una concepción global que se relaciona con las parcelas concretas del Derecho puestas en cuestión, ya que en la interpretación se necesitan conocer muchos elementos concomitantes, y son amplísimas las reguladas por competencias y jurisdicciones.

Al estilo de una comprensión holista, las partes forman parte esencial en el significado total del Derecho y sin una mínima comprensión del todo, no se puede comprender una parte mucho más específica, con la precisión de cirujano que se requiere para el profesional del Derecho cuando actúa en la práctica. Es decir, que para comprender el texto legal, hermenéuticamente hablando, se requiere una fusión de horizontes interconectados, que han de ser, en la especialización profesional: temporales, territoriales, competenciales, jurisdiccionales, etc., y, además, para contextos de

aplicación muy determinados, diferentes y específicos de aplicación. Incluso, hemos de tener en cuenta numerosos aspectos mentales y psicológicos, para los que el intérprete ha de agudizar su ingenio y cualidades cognitivas, a fin de intuir o anticipar situaciones, adaptando nuestras posibles respuestas a los entornos o auditorios cognitivos, ante los que se enfrenta, que son los lugares prácticos efectivos, donde se dan los discursos y la comunicación de forma intersubjetiva que encontramos a diario en la práctica jurídica.

Ante una interpretación tan condicionada por tantos elementos, la aplicación del Derecho se asemeja en su aspecto mental reflexivo a una respuesta selectiva, subjetivo-interpretativa, al conflicto, que requiere de un sentido ético de referencia. En este giro dialéctico de responsabilidad que estamos defendiendo ha de poner al *otro* en una posición de *equidad*. Es decir, anticipar el sentido jurídico significa anticipar ese sentido de equidad, que es una de las posibles reacciones a la injusticia que se infiere del conflicto. Al interpretar en un mundo compartido construimos juntos ideales de justicia, en la complejidad que supone la subjetividad del sentido de una interpretación categorial de tal magnitud.

Entonces, sin pretender reducir la técnica interpretativa a un cariz psicológico, en la experiencia hermenéutica estamos resaltando opiniones que se afirman o desmienten. El enfoque de Dilthey le mostró a Gadamer algunas limitaciones de lo que le precedió, algo similar ocurrió en los intentos de comprender el significado originario de una norma. Estos dos sentidos precedentes, en la ontología de la comprensión que nos describe una experiencia posterior como lo experimentado por Gadamer, se vieron como enfoques no tan provechosos o convenientes entre las técnicas jurídicas para el ejercicio práctico del Derecho posterior.

En nuestra conciencia histórica quedan registrados algunos intentos notables, por ejemplo, el de evitar las arbitrariedades derivadas de la subjetividad del intérprete en la aplicación de las leyes, que experimentaron desde bien antiguo los defensores del espíritu de las leyes.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ La sacralización de las leyes frente a las arbitrariedades de los mortales posee una larga tradición que arranca desde el mundo clásico, en el Platón de *Las leyes*, *La República* y *los Diálogos*, posee un carácter acentuado que en Sócrates supone el respeto a las leyes, ser consecuente con ellas, acatar su condena, tomar la cicuta y morir, hasta su resurgir en la Ilustración, véase por ejemplo Rousseau en el

Precisando mejor el tema de este epígrafe que estamos tratando, la *hermenéutica jurídica* en Gadamer nos ha mostrado:

“Una tensión entre el texto [...] y el sentido que alcanza su aplicación al momento concreto de la interpretación [...]. Una ley no pide ser entendida históricamente, sino que la interpretación debe concentrarla en su validez jurídica. [...] debe ser entendido, adecuadamente, esto es, de acuerdo con las pretensiones que él mismo mantiene, debe ser comprendido en cada momento y cada situación concreta de una manera nueva y distinta. Comprender es siempre también aplicar,”⁴⁰⁷ *puesto que* “un texto jurídico y su aplicación a un caso concreto no son dos actos separados sino un proceso unitario.”⁴⁰⁸

Ante tal descripción nos estamos dando cuenta de que la interpretación guiada por el sentido normativo presenta una servidumbre “al servicio de aquello cuya validez debe ser mostrada, ellas son interpretaciones que comprenden su aplicación.”⁴⁰⁹

Esta nueva dimensión atisbada para la teoría de la interpretación como vimos trataba de superar esa distinción simplista de la hermenéutica romántica, que distinguía entre historiador del derecho y jurista. La peculiaridad que el planteamiento de Gadamer nos ha ofrecido en este asunto, la vemos al tratar de dar soluciones a las limitaciones que interpreta en las consideraciones precedentes, ampliando el estatuto del jurista, y lo es porque la labor del jurista es más amplia, pues incluiría en sí también la del historiador. Entiende que el sentido originario de la ley fue esencial para su aplicación en autores anteriores como Schleiermacher y Savigny, al hablar de que vivían en la idea natural de que:

“el sentido jurídico es unívoco y que la praxis jurídica del presente se limita a seguir simplemente su sentido original. Y si esto fuese siempre así no habría razón para distinguir entre sentido jurídico y sentido histórico de una ley [...] el intérprete se equipare al lector originario.”⁴¹⁰

Espíritu de las leyes, siendo éstas pruebas de la soberanía nacional frente a las querellas de los príncipes. Un ejemplo práctico de los intentos por apelar a la universalidad de las leyes, frente a las arbitrariedades también lo encontramos en la respuesta del código civil napoleónico, que recoge una institucionalización de la administración de justicia, frente al sistema anterior que suponía una afrenta a la separación de poderes, por la aplicación partidaria y arbitraria de las leyes que hacían los jueces monárquicos.

⁴⁰⁷ H. G. GADAMER. (2012): *Verdad y método I. op. cit.*, p. 380.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 381.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 383.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 398.

Pero con la propuesta de una nueva *hermenéutica jurídica* con las peculiaridades expuestas por Gadamer, encontramos que el intérprete está activando una apertura transformadora que hace en su experiencia de sentido y, al hacerlo, ya está dentro de la experiencia hermenéutica científica. Para Gadamer la hermenéutica jurídica tiene cabida en las ciencias sociales:

“El juez intenta adecuar la ley transmitida a las necesidades del presente, tiene claramente la intención de resolver una tarea práctica [...] la pertenencia a la tradición es una de las condiciones de la comprensión espiritual científica [...] para la posibilidad de una hermenéutica jurídica es esencial que la ley vincule por igual a todos los miembros de la comunidad jurídica.”⁴¹¹

Esta nueva concepción para la acción jurídica es interesantísima, porque nos provee, por ejemplo, de utilidades frente a las arbitrariedades en las resoluciones judiciales, ya que una hermenéutica jurídica, así concebida por Gadamer, nos ayuda como nos dice a lograr una “ponderación justa del conjunto.”⁴¹² Ante esta nueva visión resultan insostenibles, por estos motivos, las antiguas tesis *iuspositivistas* que separaban el derecho y la moral, es decir, tratando de describir el Derecho sin valorarlo, entendiendo que el Derecho se justificaba y entendía, desde sí mismo, como disciplina autónoma e independiente. En algunas de las concepciones de la *iusfilosofía* contemporánea, la *validez* de las normas depende de su conformidad con las Constituciones y la no vulneración de los Derechos Fundamentales, que en ellas se representan mediante una positivación o institucionalización de los principios morales que ha emigrado a los sistemas de Derecho positivo. Un ordenamiento jurídico reflejo de los logros sociales en el que siempre quedan huellas palpables de los principios o valores morales mínimos o universales aceptados por la sociedad, en el seno de su comunidad política. En la mirada hermenéutica de los momentos históricos, la identificación de una norma jurídica lleva aparejadas cuestiones de justificación⁴¹³ no meramente legales o positivas, sino también éticas. En ese sentido, el profesor Manuel Atienza manifiesta que:

“la moral ha emigrado, pues, al interior de los derechos, de manera que, en general, los conflictos morales que tiene que afrontar un jurista no son ya conflictos entre el derecho

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 401.

⁴¹² *Ibid.*, p. 402.

⁴¹³ Si el sistema jurídico se mantiene *escéptico* al mundo de los valores, tan solo podría dar cuenta de sus principales funciones: producción, interpretación y aplicación del Derecho en términos de *poder*.

y la moral, sino entre maneras distintas de interpretar los principios morales incorporados por el derecho.”⁴¹⁴

Si la aplicación del Derecho fuera mecánica se podría alumbrar una dogmática jurídica férrea sustentada alrededor de un proceder lógico-racional. La experiencia hermenéutica que diseña la concepción gadameriana nos muestra otras perspectivas diferentes para afrontar los problemas del Derecho, desde un análisis crítico, como el que pretendemos abordar con la metodología hermenéutica empleada en la investigación. El valor de la negatividad la encuentra Gadamer en una tradición crítica, como la versión ontológica heideggeriana aplicada que en la perspectiva social nos muestra el valor epistemológico del proceder por des-ocultamiento, una habilidad introspectiva, que se realiza en la inquietud anticonformista ante la sociedad y sus productos institucionalizados, algo que nos ofrece la apertura constante a nuevas experiencias que desmienten las anteriores. Porque la comprensión parece ser algo más reflexivo que está por encima de la mera lectura de un texto, “en toda lectura tiene lugar una aplicación, y el que lee un texto se encuentra también él dentro del mismo conforme al sentido que percibe.”⁴¹⁵ Al comprender el texto, nos comprendemos a nosotros mismo en el texto, en *lo otro* que cobra vida y nos interpela:

“El modelo de la *hermenéutica jurídica* se ha mostrado, pues, efectivamente fecundo. Cuando el juez se sabe legitimado para realizar la contemplación del derecho dentro de la función judicial y frente al sentido original de un texto legal, lo que hace es lo que de todos modos tiene lugar en cualquier forma de comprensión. La vieja unidad de las disciplinas hermenéuticas recupera su derecho si se reconoce la conciencia de la historia efectual en toda tarea hermenéutica, tanto en la del filólogo como en la del historiador.”⁴¹⁶

⁴¹⁴ M. ATIENZA. (2003): *El sentido del Derecho*. 2º ed., Ariel, Barcelona, p. 113.

⁴¹⁵ H. G. GADAMER. (2012): *Verdad y método I. op. cit.*, p. 413.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 414.

4.4.3 Habermas y el problema de la pretendida objetividad en la interpretación judicial

El proceder interpretativo de la hermenéutica jurídica que intentamos rescatar con la tradición gadameriana se consume en un comprender cognitivo-vivencial, en el que se fusionan múltiples horizontes de sentido. El inconveniente lo encontramos en una interpretación vinculada a la uniformidad deontológica de las prescripciones legales, las cuales encorsetan y confieren una gran rigidez y uniformidad a la aplicación del Derecho, restringiendo la dinamicidad y la virtualidad transformadora de un ordenamiento jurídico, que habría de dinamizarse más en la búsqueda de soluciones normativas, que se adapten, abriendo una renovación constante del Derecho a las nuevas necesidades sociales.

Encontrar un equilibrio entre esos extremos no es sencillo de lograr, Habermas en *Facticidad y validez* nos habla del problema de una pretendida objetividad en la interpretación judicial, entiende que:

“el juez individual ha de entender básicamente su interpretación constructiva como una empresa común,”⁴¹⁷ *que enlaza con la hermenéutica jurídica en una “comprensión procedimentalista del derecho [...] regulada discursivamente,” Habermas apunta a unos “estándares acreditativos en la profesión que tendrían la finalidad de garantizar la comprobabilidad intersubjetiva de la objetividad del juicio.”*⁴¹⁸

Ejemplos de esos estándares acreditativos los encontramos con bastante frecuencia en Derecho, siendo largamente debatidas sus delimitaciones doctrinales: imparcialidad, independencia, proporcionalidad, idoneidad, equidad, discrecionalidad, univocidad, ausencia de arbitrariedades, etc. Un amplísimo catálogo de categorías prácticas que requieren de una ardua labor respecto a su delimitación cualitativa y cuantitativa, por la interpretación de los teóricos del Derecho y la doctrina legal para dotar su aplicación de uniformidad y universalidad en su concreción práctica.

Esta comprobabilidad intersubjetiva de la objetividad del juicio de la que nos habla Habermas viene dada por reglas que la dotan de una “justificación profesional.” Las decisiones judiciales en términos de validez han de aspirar a su consecución, tanto en

⁴¹⁷ J. HABERMAS. (2010): *Facticidad y validez. op. cit.*, p. 295.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 296.

el derecho material como en el procesal, marcando criterios básicos de validez. En este punto Habermas enlaza lo que denomina una “comunidad de interpretación”, es decir, una hermenéutica jurídica que se cohesionan con el imperio de la ley.⁴¹⁹ Aludiendo al problema de la objetividad en la interpretación Habermas se refiere al jurista (Fiss, 1982), autor que estudió esa pretendida objetividad del Derecho. Pero, además, en su opinión respecto a la interpretación del Derecho aporta una idea de esos criterios que nos interesa en nuestro estudio de ética profesional, puesto que:

“tales estándares sólo pueden tener el estatus de un sistema de reglas de ética profesional que se legitima a sí misma. Ya dentro de una misma cultura jurídica hay distintas subculturas que pugnan entorno a la cuestión de la elección de los estándares correctos.”⁴²⁰

Esas mismas dificultades del Derecho, autojustificado y autosuficiente, que veíamos en la problemática de la circularidad que encontramos en la justificación de una norma, y, además, ampliadas en la gran diversidad de elección de los estándares, hace que Habermas los lleve al terreno de la *ética*. En este caso, encontramos un acomodo en la fecunda dimensión de la ética aplicada a las profesiones, que Habermas pretende acercarla a las soluciones propuestas por su doctrina principal ya que, en su opinión, los principios procedimentales dotan de validez a los resultados de la práctica jurídica, que no puede basarse sólo en la autolegislación del imperativo categórico, ni en el imperio de la ley, y añadiríamos más, ni en las leyes procesales o la dogmática jurídica. Todas estas fuentes de normatividad e interpretación material y procesal requieren de una fundamentación interna. Habermas critica una teoría de la argumentación que se limite a clarificar el papel y estructura de los argumentos, es decir, que ofrezca un punto de vista, exclusivamente, bajo los dominios de la lógica y la semántica, para solventar dichos problemas habla de:

“una teoría discursiva del derecho que hace depender la aceptabilidad racional de las sentencias judiciales no sólo de la calidad de los argumentos, sino también de la estructura del proceso de argumentación. Esa teoría se apoya en un concepto fuerte de racionalidad procedimental, conforme al cual las propiedades que son constitutivas de la validez de un juicio, no sólo han de buscarse en la dimensión lógico-semántica de la estructura de los

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 296. El análisis que Habermas nos ofrece en este punto alude a un texto del jurista llamado O. FISS. (1982): “Objectivity and interpretation.” *Stanford Law Review*, 14, 739-763.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 296.

argumentos y del enlace de los enunciados, sino también, en la dimensión pragmática del proceso de fundamentación mismo.”⁴²¹

Al tratar de acercar la práctica jurídica a su doctrina general, lo hace en la tradición pragmática del lenguaje y fijándose en lo que la teoría de la argumentación de Stephen Toulmin nos mostró en una de sus obras principales sobre *Los usos de la argumentación*. En esos usos –vertiente pragmática de la argumentación– encontramos algunas afinidades entre autores, ya que los argumentos discursivamente expresados “mueven racionalmente a los participantes en la argumentación a aceptar como válidos los correspondientes enunciados descriptivos o normativos.”⁴²² Esta visión pragmática en Toulmin coincide en gran medida con las tendencias actuales, tomadas por gran parte de los teóricos de la nueva argumentación jurídica de corte pragmático, a la que hemos dedicado varios epígrafes.

En este sentido, respecto al giro argumentativo en la racionalidad jurídica, que ya vimos en el capítulo anterior, tratamos de conectar la dialéctica del discurso y la comunicación de los juristas con los enfoques de la ontología-hermenéutica de la comprensión. Hemos tratado de explicar cómo se da el ser-ahí experiencial, en estado de apertura a las opiniones, que nos muestra el camino hermenéutico que venimos trazando. Muchas de las líneas que hemos interesado nos han mostrado que ninguna opinión es concluyente. Para la interpretación, sigue existiendo un frágil equilibrio entre una interpretación jurídica guiada por la dogmática jurídica y una hermenéutica filosófica fundada en la subjetividad de la interpretación que relativiza todo conocimiento. En esa coyuntura la *hermenéutica jurídica* difícilmente puede abandonar su posicionamiento regional, en una posición en la que trata de conseguir la univocidad de las respuestas más correctas posibles, confrontando la uniformidad de la interpretación con los ideales del pluralismo y la subjetividad personal de gustos, creencias, valores y formas de autodeterminarse, que naturalmente tienden a reafirmar o confrontar el aspecto deontológico.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 297.

⁴²² *Ibid.*, p. 297.

Estas vertientes que llevamos al plano del sujeto que trata de comprender, nos despiertan un interés ontológico cognitivo por el que interpreta, la ontología del lenguaje y la comunicación, envueltas todas estas cuestiones en numerosas problemáticas que siguen abiertas, debatiéndose larga y tendidamente entre los teóricos, filósofos, juristas, lingüistas, etc.

Cuando tratamos de buscar justificaciones, Habermas nos muestra uno de sus problemas principales recabados de la tradición aristotélica:

“un estado de cosas conforme con la regla sólo se constituye por venir descrito en conceptos de una norma que se aplica en él, mientras que el significado de la norma sólo cobra concreción al aplicarse ésta a un estado de cosas,” *la norma fija términos selectivos del mundo en términos de relevancia, pero*, “el estado de cosas constituido por la norma nunca agota el vago contenido semántico de una norma general, sino que a su vez lo hace valer de forma selectiva. Esta descripción evidentemente circular señala un problema metodológico que toda teoría del derecho tiene que aclarar.”⁴²³

Todo intento de aclarar este inconveniente, que deriva de la relación ontológica entre la descripción normativa y la justificación de su aplicación a un estado de cosas, resulta altamente complicado si lo que se pretende es tratar de salir de esa circularidad. La historia de la filosofía nos lo ha mostrado en numerosas ocasiones los abismos ontológicos entre las normas y el mundo de los hechos a los que se refieren. Los filósofos han ofrecido ingeniosas y variopintas respuestas, a veces inverosímiles y constantemente cuestionadas, o por el contrario hemos caído en escepticismos petulantes. Habermas anuncia que, frente a este hándicap, la hermenéutica ofrece un método procesual desde la precomprensión evaluativa. Es decir, establecida entre la norma y el estado de cosas, y el horizonte de sentido de otras muchas posteriores relaciones que permiten que las decisiones judiciales, en su opinión, reduzcan su limitación en el círculo de la comprensión, en la legitimación que los principios confieren bajo la historia efectual en categoría gadameriana:

“la hermenéutica cobra una posición propia en el seno de la teoría del derecho porque resuelve el problema de la racionalidad en la fundamentación de las sentencias mediante inserción contextualista de la razón en el contexto histórico de las tradiciones de que se

⁴²³ J. HABERMAS. (2010): *Facticidad y validez. op. cit.*, pp. 268-269.

trate. Según esto la precomprensión del juez viene acuñada y determinada por los *topoi* de un contexto de tradición, es decir, de una determinada eticidad.”⁴²⁴

En ese caso, si los *topoi* nos conducen a un horizonte ético y como nos estamos interesando por la hermenéutica en este epígrafe, el jurista en la práctica tiene abierta la dimensión de la experiencia a una *ética hermenéutica* (Conill, 2010). La tarea atisbada desde este horizonte de sentido es ardua, pues implica reconstruir el sentido imperativo de la norma, aunar el sentimiento obligacional con la narrativa de *lo justo*, en la empatía de la exigencia más actualizada de la contemporaneidad con una tendencia a lograr estándares más altos de reciprocidad. Hemos de redescubrir estos aspectos como responsabilidad para el experto en leyes y el gestor de conflictos jurídicos, en la emotividad de lo justo, que se siente y expresa en el sentido de una experiencia auténtica en la práctica jurídica. Rousseau en su *Emilio* pensaba en una justicia iluminada con el corazón, la emotividad inferida por un sentimiento de piedad o compasión natural son una respuesta antropológica al miedo a sufrir una desgracia infringida por el otro.⁴²⁵

4.4.4 El horizonte ético en la hermenéutica jurídica

La emotividad de los sentimientos morales es un factor activador del horizonte ético de la persona, lo recoge la profesora Adela Cortina en una encomiable perspectiva de *Justicia cordial* (Cortina, 2010). El siguiente paso lo damos con el reconocimiento recíproco, un elemento que nos engrandece éticamente y se funda en esa capacidad de emocionarse y estimarse uno mismo desde la estimativa del otro. Esta predisposición hacia el otro, en opinión de la profesora, puede ser uno de los motores esenciales de una teoría crítica remozada, que pueda salir de su encorsetamiento formal, ya que en el sentimiento de *compasión* “es la vivencia del sufrimiento injusto la que pone en marcha una auténtica teoría crítica de la sociedad.”⁴²⁶

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 269.

⁴²⁵ ROUSSEAU. (1995): *El Emilio o de la educación*. Trad. Mario Armiño, Alianza, Madrid, pp. 348-351.

⁴²⁶ A. CORTINA. (2010): *Justicia cordial*. Trotta, Madrid, p. 19.

Estamos ante un sentimiento que es productivo, en su actitud positiva de ejercer una responsabilidad en el trasfondo emocional del sufrimiento, que se da en el estado de naturaleza hobbesiano lleno de injusticias y temores. En una guerra de todos contra todos, Rousseau reivindica la positividad de la emoción moral que encarna la *piedad* o la *compasión*, la necesidad de salir de la fatalidad del estado de guerra hacia el estado social, estamos ante una ardua tarea que la seguimos construyendo día a día.

El proceso que ha engendrado esa huida es muestra de nuestra racionalidad institucional y jurídica, que podemos hacer en cada experiencia hermenéutica particular, donde se puede conciliar un pacto de supervivencia, que podríamos llamar de convivencia. Esa traslación de la emotividad –la descripción de un elemento antropológico– a la sociedad, se legitima y fundamenta por un contractualismo arraigado en el plano de la justificación que nos proporciona la filosofía política y que se construye con los sistemas políticos y jurídicos actuales, siendo uno de sus productos más remozado el de los Estados Democráticos de Derecho, imperantes de la democracia liberal o social democracias, frente a legitimidades buscadas en la biología, la psicología, la antropología, la naturaleza, o basadas en abstracciones o instancias divinas o mitológicas.

El “vivir con” otros en sociedad, y ser consciente de ello, ya es por sí una respuesta antropológica aristotélica de ese *ser* social por naturaleza, que nos proporciona un sentido vital coexistencial, al que poder adaptar una visión teleológica de la vida en política o sociedad –felicidad, bien común, igualdad, libertad o cualquier otra de las grandes metas o valores sociales– que implican una proyección hacia el *otro* y de él hacia *mí*, es decir, a ser valorado y respetado.

La dimensión *ética* es una respuesta a esa realidad antropológica del *ser*, por eso hemos trabajado el enfoque hermenéutico, porque nos ayuda a captar el sentido ético de las situaciones humanas dirimidas por el Derecho. Si no fuera así, estaríamos ante una práctica jurídica deshumanizada, aquella que intentamos evitar, porque uno de los caracteres más esenciales del ser humano es su comportamiento moral, construido en cada momento práctico de forma intersubjetiva, aquel que se entiende desde la tradición y se siente desde la emotividad moral, desde el intérprete que está teniendo una experiencia vital convivencial.

En la práctica jurídica la interpretación de los hechos –la facticidad de la vida– toma relevancia, y la validez lógico-formal en la racionalidad práctica es aquella que asimilábamos al juicio normativo. Pero no es suficiente para dar cuenta total de esos fenómenos en toda la dimensión valorativo-justificativa, siendo éste un requisito antipositivista, ampliamente reconocido por la mayoría de las tradiciones iusfilosóficas que estudian el ejercicio práctico del Derecho. Cuando el método y la técnica dejan paso a lo ontológico en el proceso que estamos experimentando y estudiando, es posible que en la experiencia hermenéutica de la comprensión, con una valoración ético-jurídica, encontremos ciertos problemas de corrección en la práctica jurídica. Un ejemplo es la valoración del material probatorio que se da en muchas ocasiones en los procedimientos, sobre todo, cuando la interpretación corrobora o refuta el juicio indiciario. Un psicologismo de convicción personal opera en la construcción de los relatos técnicos en Derecho, si, por ejemplo, como vimos, nuestro ordenamiento jurídico no dispone de una objeción de conciencia bien regulada, y el imperativo legal minusvalora el actuar en conciencia, por ello, hemos de respetar y tratar de defender este instituto en el ejercicio práctico. Tampoco se puede hacer descansar toda su justificación en unas reglas de corrección comunicativa que salven la eticidad del proceso judicial.

Cuando la validez de las normas no se pueda justificar desde las propias normas en una pretendida objetividad, la justificación subjetiva puede hacerse desde horizontes tradicionales de sentido. Uno de ellos, por cierto, bastante denostados por su capacidad de abstracción para la ciencia en general es el de la hermenéutica de base fenomenológica. La hemos estudiado a pesar de la gran tendencia de la academia jurídica hacia la vertiente más analítica, porque pueden seguir jugando el papel de penetración en la sensibilidad ético-jurídica, cuyos sentidos, normatividades y universalidades, vienen recogidas por las diferentes tradiciones que se han de interpretar, relatar y reactivar constantemente, como fenómeno social necesario en el espectro temporal de los valores y de las utilidades sociales, que más nos aprovechan.

En el proceso de investigación estamos vinculando la interpretación jurídica a la estructura hermenéutica del sujeto jurídico. En el siguiente paso de los autores de referencia seleccionados de Paul Ricoeur destacaríamos su voluntad de lograr una comprensión de lo jurídico como alteridad, un efecto ontológico más a lo aportado por

Gadamer para la comprensión, que se produce al interiorizar los objetos jurídicos, desde un sujeto existencial situado en el lugar de la historia.

Esa experiencia hermenéutica del jurista que estamos intentando describir viene determinada por las facticidades de la vida y los matices que definen su carácter o *ethos* vivencial. Estos componentes de la personalidad son reconocibles en virtudes apreciadísimas en la tradición: la *equidad* y la *phrónesis* destacan entre ellas, y nos retrotraen a revivir una tradición aristotélica que continúa viva en nuestra comprensión de los problemas a pesar de los siglos, pues siguen enriqueciéndonos como actitudes positivas para la solución de conflictos en la perspectiva ética de las profesiones jurídicas.

Una decisión jurídica enrola al sujeto jurídico en un proceso de búsqueda que le permita articular una respuesta a los conflictos del Derecho respecto a los hechos, algo que no se puede realizar sin referentes, sino que se ha de llevar a cabo sobre una base de justificación coherente éticamente, admitida en Derecho. Al interpretar la realidad dentro de esta práctica tan específica, estamos produciendo un efecto psicológico-moral de sentido. En cuanto al juicio decisorio y motivacional, vimos que era en esencia pragmático, algo inevitable en una práctica jurídica que es, eminentemente, una práctica estratégica movida por intereses y racionalización de recursos. Lo relevante, desde el punto de vista que estamos intentando ofrecer, es recuperar la ética como necesidad interpretativa del sentido, a fin de enriquecer el sistema de convivencia o evitar la degeneración o deshumanización de sus procesos.

El carácter *prudente* típico de esa tradición de las virtudes que queremos rescatar aporta respuestas vehementes y sosegadas a los conflictos vivenciales. La ética de las virtudes ofrece valores referenciales para la práctica jurídica ejercida por sus profesionales, en el sentido de que solemos aspirar a la vida buena o vida justa aristotélica. Esa perspectiva ética del Derecho, tan necesaria en el proceso de humanización, es de aprendizaje y de enriquecimiento en una práctica jurídica que se lleva a cabo primordialmente por sus profesionales. Pasaremos a estudiarla de forma más precisa a continuación para ir cerrando la investigación y guiando el trabajo hacia aquellas conclusiones que podamos extraer de todo lo que estamos estudiando.

4.5 La *justicia* en la ética hermenéutica: alteridad y reciprocidad en Paul Ricoeur

4.5.1 La existencialidad jurídica del profesional del derecho una vía hacia el otro

Una vez hemos abierto el tema de las profesiones jurídicas al horizonte ético desde la reflexión filosófica, profundicemos en él a partir de la perspectiva hermenéutica. Esta visión del derecho y la filosofía nos enseña, en autores como Paul Ricoeur, que la interpretación es un proceso abierto y ninguna visión la concluye.⁴²⁷ La forma de entenderla nos muestra que, en el proceder del jurista no encontramos un método cerrado para sus decisiones, ya que no podemos centrarnos exclusivamente en un único punto de vista, como vimos en el estudio evaluativo de los argumentos y cuando nos acercamos a la forma en cómo comunican estos profesionales en la acción aplicativa. El jurista está expuesto a una clave argumentativa del sentido interior, es decir, un diálogo interior, que lo conecta ontológicamente con la alteridad del otro. Está predispuesto en un *estar-en-el-mundo-con*, que implica una predisposición óptica, que se constituye en el mundo con una actitud cognitiva de búsqueda e interpretación creativa *–poyética–* que a su vez es continua y no puede ser concluyente.

La hermenéutica nos ha enseñado que es flexible porque al caminar junto a la vida discurre como ella, al fluir en la existencia los acontecimientos la golpean, unos en términos de positividad nos reconfortan, otros representan los momentos de negatividad que nos acongojan. En la crisis del golpeo negativo encontramos respuestas de repulsa e inquietud, pero también le siguen o preceden momentos de optimismo y compromiso. La aplicación del Derecho es un logro social, fruto de la racionalidad jurídica. Se da porque la existencia es social y se mueve en momentos compartidos. Encontramos una de sus claves en el momento explicativo, que pretende superar los conflictos, puesto que es una

⁴²⁷ P. RICOEUR. (2002): *Del texto a la acción. Ensayos de hermenéutica II*. Trad. Pablo Corona, Fondo de Cultura Económica, México, p. 48.

experiencia constructiva y narrativa, en un procedimiento deliberativo y colaborativo en lo cognitivo, dentro de nuestra apertura al mundo.

La actitud de búsqueda prosigue en cada momento existencial inquiriéndonos, formulando y reformulando preguntas, dando respuestas sobre el sentido de lo que interpretamos. En la filosofía, nos enseñó Heidegger que se está, aunque no sepamos nada de ella, como se está en el *existir*,⁴²⁸ ónticamente, supone estar arrojados en un estado de apertura a la contingencia, en la facticidad de la vida. Estamos dispuestos como jurista a tener una experiencia hermenéutica de inquietud, conflicto y respuesta. Esto es lo que experimentamos en los supuestos cotidianos del Derecho, en los que interpretamos, hermenéuticamente, junto a las leyes y los hechos del mundo que las involucran, así entendemos las instituciones y expresamos sus contenidos con el lenguaje.

En la concepción hermenéutica del sentido, cuando interpretamos jurídicamente, podemos conectar los mecanismos ontológico-cognitivos con *lo moral*. Hemos de aplicar una interpretación moral a los conflictos en esa situación de responsabilidad, de compromiso social y de obligaciones legales y profesionales. En esos momentos prácticos, tenemos que aplicar unos criterios mínimos de lo moral en lo jurídico, que se enriquecen en la ética aplicada, indagando y buscando soluciones acordes a los dilemas prácticos que nos encontramos en la vida fáctica de los profesionales. En ese ejercicio, la interpretación del Derecho ostenta un cierto sentido de compromiso con la comunidad, con las instituciones en las que se trabaja y te vinculan con sus prescripciones. Estamos ante una acción aplicativa en la que se interiorizan posibles sentidos en la experiencia hermenéutica convivencial, en el que perviven ciertos sentidos comunes de justicia reconocibles en esa comunidad global de sentido en la que nos identificamos.

Algunos de estos sentidos son muy explícitos y taxativos en su aplicabilidad, véase la justicia como legalidad, que se extrae de los imperativos de la ley y la jurisprudencia o en las interpretaciones doctrinales, que nos proporcionan sus matices aplicativos. El ideal de la justicia puede orbitar alrededor de ideales compartidos como la equidad, la dignidad, la igualdad de trato, el cariz distributivo o igualitario de los bienes materiales e inmateriales o en la reciprocidad, la proporcionalidad, el reconocimiento, el

⁴²⁸ M. HEIDEGGER. (2001): *Introducción a la filosofía. op. cit.*, p. 19

empoderamiento, entre muchos de los posibles sentidos combinables, que son tan difíciles de delimitar y concretar, pero los cuales nos solemos dar, para tratar de aplicar justicia social.

La distinción entre las tareas asignadas a lo *político* y lo *jurídico* parecen difuminarse en los juicios de medios y fines, aquellos principios y valores de los que nos provee el ordenamiento institucional, que son ricos en normas morales y jurídicas. Además, son ordenadores de la dinámica social y alientan los epicentros de sentido de nuestro sistema de convivencia. Los principios de libertad y el respeto recíproco de la dignidad humana se han universalizado y generalizado en cualquier sistema político, emigrando de la moral al ordenamiento jurídico positivo, en el centro neurálgico de cualquier articulado de nuestros sistemas occidentales de convivencia. Si los pulimos, respetamos y reproducimos, las condiciones de posibilidad de su cumplimiento se asientan y consolidan, posibilitando en mayor medida un despliegue más pleno en el seno de las instituciones, que representan lo permanente y universal. Así, estamos trabajando desde la práctica jurídica en pro de algunos de los ideales éticos más valiosos de nuestras sociedades que podemos hacer migrar de forma más efectiva a la práctica del Derecho.

Los actores del Derecho implicados en la práctica jurídica institucional son unos de sus principales garantes, creadores y artífices del control y el despliegue de esos derechos, que representan unos valores comunes, que se dan en el ideal de la convivencia pacífica. Estos profesionales son tan necesarios porque, en casi todas las situaciones en las que hay involucrado un derecho en disputa, han de consultarse o tenerse en cuenta, pues hasta donde no llega el conocimiento del ciudadano común, la interpretación de un experto en leyes se hace cada vez más imprescindible.

En atención al modelo de hermenéutica jurídica que estamos proponiendo en la superación de las limitaciones mostradas, esta técnica de interpretación de leyes ya no puede reducirse a una mera suerte de interpretación del texto jurídico en el sentido originario, puesto que para el intérprete que busca su aplicación, la hermenéutica implica una:

“existencialidad jurídica [...] una aplicación que practica a partir de un momento de vida,” *esta experiencia ontológica de la hermenéutica permite entender que se está produciendo en el Derecho un paso “del texto jurídico a la acción jurídica.”*⁴²⁹

En esa línea cercana a la experiencia vivencial del profesional, consumada en la narrativa hermenéutica, nos acercamos más a la ética de Paul Ricoeur, que junto a las pistas de la pre-estructura de la comprensión, nos ayuda a constituirnos una comprensión de lo *justo* y lo *injusto*. Esta difícil disyuntiva ha delimitar en lo subjetivo de cada intérprete, en la práctica jurídica se construye en la acción aplicativa, es decir, en la narrativa interpretativa de ese diálogo necesario y reglado que se da en el ejercicio cotidiano, conforme a los valores morales y las prescripciones regulativas de nuestro ordenamiento jurídico. Este diálogo es el que facilita las posibilidades de dirimir las resoluciones de los conflictos. En ese difícil cometido contribuye un elemento minusvalorado en la práctica del Derecho, el atributo psicológico de la capacidad de *empatizar*, es decir, esa capacidad mental de ponerse en lugar del otro, que al abrigo de la ética de las virtudes, la emotividad de la compasión y la respuesta responsable del cuidado, nos hace estar ante una experiencia vivencial con el otro.

4.5.2 La hermenéutica vivencial del compromiso y el reconocimiento

Para Ricoeur, al hablar del juicio y de la decisión en el acto judicial –en analogía con el acto médico– entiende que:

“se trata de situar una decisión singular, única, relativa a una persona singular, bajo una regla general y, a su vez aplicar una regla a un caso [...] en un proyecto que trata de pronunciar una palabra de *justicia*.”⁴³⁰

Lo significativo del autor en su análisis del acto judicial radica en que éste viene originado por una situación de conflicto, y una propuesta para su resolución –la sentencia judicial, sin despreciar las resoluciones o dictámenes administrativos o de otro orden

⁴²⁹ M. GRANDE. (2018): *Filosofía del Derecho Hermenéutica*. Tecnos, Madrid, pp. 9-10.

⁴³⁰ P. RICOEUR. (2008): *Lo Justo II. op. cit.*, p. 196.

administrativo o jurisdiccional— separa a los protagonistas.⁴³¹ Si para Ricoeur la ética médica se sustenta en el *pacto del cuidado*, en el que implicamos un cúmulo de respuestas emotivas y racionales, en el conflicto, en el ámbito jurídico, para el profesional del derecho encontramos respuestas en “la antigua virtud *prudentia*, sinónimo de la sabiduría práctica.”⁴³²

La toma de decisiones prácticas en Derecho parece llevar al nivel normativo ese conflicto e incertidumbre inicial, para ello, habremos de centrarnos en el acto decisorio, que recae en el proceso de interpretación y/o argumentación.⁴³³ Las dos categorías son necesarias, intercambiables, compatibles y combinables, en el proceso de toma de decisiones. En Ricoeur, la distinción radica en que: cuando *interpretamos* solemos manejarnos, generalmente, en los planos más abstractos de la creación mental, sean de la filosofía, la ontología, la psicología, la literatura, el arte o cualquier disciplina que requiera algún tipo de acceso a la imaginación inventiva; en cambio, en el plano de la *argumentación*, estamos ante una dimensión, donde solemos llevar el discurso al terreno de los métodos o reglas lógicas de la ciencia —en nuestro caso la teoría de la argumentación general o jurídica especial—. Pero, si combinamos y vamos al plano de la *interpretación*, el proceso trata de superar la mera vertiente del normativismo, el quehacer principal de la ciencia jurídica. El giro cognitivo-ontológico de la comprensión desde esta dimensión nos supone además el tratar de encontrar los mensajes ocultos en el mundo de la imaginación, auspiciados por el dios Hermes —algo más propio de la originalidad o las musas, en el terreno de la inventiva o la creatividad—.⁴³⁴ Las dos categorías son necesarias, pues no puede darse argumentación sin interpretación y viceversa.

La hermenéutica de Ricoeur se caracteriza por interpretar creativamente el sentido de los símbolos y mantener la tensión crítica hacia ellos, su interpretación crítica contribuye a “descifrar experiencias fundamentales de la vida humana.”⁴³⁵ Las virtudes de la interpretación, asociadas tradicionalmente a la hermenéutica y, por extensión, a la

⁴³¹ *Ibid.*, p. 199.

⁴³² *Ibid.*, p. 197.

⁴³³ Cfr. P. RICOEUR. (1999): *Lo Justo I*. Trad. Agustín Domingo Moratalla, Caparrós, Madrid.

⁴³⁴ P. RICOEUR. (2008): *Lo justo II. op. cit.*, p. 201.

⁴³⁵ J. CONILL. (2010): *Ética Hermenéutica*. 2ª ed., Tecnos, Madrid, p. 215.

hermenéutica jurídica que queremos rescatar, son las que más nos interesa entender. En Derecho es preciso interpretar: hacerlo con la ley –aspecto normativo– y hacerlo en relación con los detalles de los supuestos de hecho –aspecto *factico* del caso particular, que puede ser o no novedoso en relación a los precedentes análogos previos–. Esta interpretación la hacemos según Ricoeur “bajo la forma narrativa, para establecer el grado de conveniencia mutua entre la descripción del caso y el ángulo bajo el que la ley es interpretada.”⁴³⁶

En esta visión de la *hermenéutica ética* estamos tratando de interpretar, de la manera más apropiada, el saber jurídico en torno a la argumentación. En consecuencia, significa que queremos persuadir o convencer a los interlocutores de nuestras pretensiones en Derecho, sustentando nuestro discurso de forma lógica en esos argumentos, bajo la forma académica, con la que queremos describir de manera apropiada, y de manera narrativa, nuestra inventiva interpretativa. En el derecho práctico judicial, el que estamos comentando a modo de ejemplo, desde la perspectiva del que administra la justicia, cuando la decisión es tomada, estamos ya dando pruebas fehacientes de que ha recaído sobre un acontecimiento, que ha de ser descrito –hechos probados, fundamentos jurídicos y fallo, siendo esta la estructura lógica básica de nuestras sentencias judiciales–.

En este proceso, en el que el *juez* está obligado a juzgar, por su estatuto profesional, su figura histórica o el imperio de la ley que lo vincula, su “toma de decisión constituye un acontecimiento irreductible al proceso que él mismo concluye.”⁴³⁷ No sólo estamos refiriendo, en este aspecto a la clásica crítica versada sobre la regla que se justifica a sí misma, o a los repetidos intentos de tratar de reducir la ciencia al método en la técnica judicial que, por extensión, lo podría ser del acto decisorio en Derecho, al rango de una técnica aplicativa creada en el laboratorio de ideas de la ciencia jurídica, sino con Ricoeur damos un paso peculiar y entendemos que:

⁴³⁶ P. RICOEUR. (2008): *Lo justo II. op. cit.*, p. 201.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 202.

“la decisión [...] desde el punto de vista subjetivo, esta irreductibilidad del momento en su acontecer se expresa, en el plano judicial, mediante la reserva de la íntima convicción que trasciende todo saber aplicado.”⁴³⁸

En apartados anteriores vimos la dependencia de la hermenéutica jurídica al saber dogmático del Derecho y de una ciencia jurídica, que trata de imponer un saber aplicativo. En cambio, en la hermenéutica vivencial del compromiso y el reconocimiento a parte de la ley y dogmática jurídica estamos ante un acto libre decisorio del juzgador imparcial, que ha de ser conforme a las virtudes aristotélicas ecuánime y prudente, y que ha de enlazar esa convicción tan variable en las ideas, creencias y personalidad del intérprete con la tarea de administrar justicia. Para el encargado de ejercerla es imposible inhibirse en una posición completamente aséptica de los condicionantes materiales y de las convicciones morales propias y comunes de ese momento histórico concreto. Tampoco, lo es de su identidad personal y del sentido conferido a su figura institucional modélica, no puede constituirse en una posición ideal de administrador de justicia, en una posición absoluta de imparcialidad; la realidad práctica resulta mucho más compleja y menos idealizada.

Puesto que la aplicación del Derecho está supeditada a otros tantos condicionantes subjetivos, Ricoeur habla de un comité asesor del juez para la toma de decisiones. Este comité está compuesto por fiscales y abogados, etc., que establecen sus interpretaciones y pretensiones en el escenario originario de conflicto, con mayor o menor proximidad o contradicción en origen. El escenario práctico por excelencia es el de un *proceso* en el que se intercambian opiniones discursivamente, el cual se irá modulando y será el que marque la decisión, siendo “el *antagonismo* el que hace visibles todas las dimensiones del proceso.”⁴³⁹

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 202.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 203.

4.5.3 La justicia como el cuidado de las enfermedades sociales

Una dimensión esencial en la Administración de Justicia es la de la sentencia, una resolución concreta, en la que unas palabras han dicho en el corto alcance algo sobre la *justicia*, lo relevante en Ricoeur es contemplar también:

“la cuestión de la finalidad del largo alcance de la justicia [...] ¿no es la de restablecer el vínculo social, poner fin al conflicto, instaurar la paz? [...] todo aparato jurídico aparece como una vasta empresa de cuidados de enfermedades sociales, en el respeto de la diferencia de papeles.”⁴⁴⁰

Esta dimensión de *justicia* presentada por el autor acerca de cuidar y curar enfermedades sociales, transforma los ideales tradicionales de justicia –sea por legalidad, igualitaria, distributiva, basada en la equidad o cualquiera de las tradiciones por las que optemos,– algo que constantemente se ve sometido al “irresistible espíritu de venganza en detrimento del sentido de justicia.”⁴⁴¹ Ejemplos, no nos faltan en el mundo del Derecho, cuando en incontables ocasiones se trata de llevar las máximas pretensiones previstas por la ley en todas sus consecuencias hasta el final. Se trata en muchos casos de asimilarla con el cariz vengativo, de buscar la retribución del daño en términos del ojo por ojo, que puede aumentar su deseo en ambos extremos de los contendientes. La contrapartida sería el famoso tópico del Derecho “más vale un mal acuerdo, que un buen pleito”. Los acuerdos los trata de conseguir el diálogo, primero en la fase prejudicial, o en las fases previas administrativas, luego, todavía, cabe su posibilidad en diversas fases procedimentales hasta su preclusión y la decisión final del órgano decisorio cuando el acuerdo ya no fuera posible.

La predisposición hacia el consenso es esencial en el Derecho y la práctica jurídica que tratamos de defender. Éste se manifiesta en una actitud negociadora, en la que la predisposición fundamental es estar dispuesto a ofrecer concesiones en tus pretensiones máximas. Esta predisposición sería una condición necesaria, frente a la carga negativa que supondría someter el litigio a un enfrentamiento jurídico-emocional prolongado. Mírese, por ejemplo, la gran carga emocional implícita en una separación matrimonial

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 203.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 204.

contenciosa, con bienes en juego, posibles pensiones compensatorias, derechos de alimentos, patrias potestades y custodias de hijos menores discutidas. Este conflicto puede enquistarse de sobremana, judicializando el conflicto familiar con un amplio repertorio de acciones posibles –desde la presentación de demandas, la solicitud de modificación de medidas, recursos, impagos, insolvencias, denuncias penales, etc.,– todo un sinfín de problemas que pueden durar años, con maniobras mutuas de perjuicios y daños, viendo al contrario como un adversario, llevando el conflicto a la categoría de venganza que nos habla Ricoeur, con posiciones cuasi irreconciliables.

Los códigos deontológicos de los letrados o la proliferación de una regulación en mediación, que se pretende promocionar desde los poderes gubernamentales, el legislador, instituciones y colegios profesionales, han de favorecer la mediación y conciliación de los conflictos. En ese sentido, el profesional, deontológicamente hablando, debería de tratar de buscar puntos de encuentro desde la deliberación de los problemas y las posibles soluciones, mostrarle a los contendientes que los dos deben ceder posiciones, encauzar las posibilidades de acuerdo entre sus clientes frente al desgaste emocional que supondría una disputa en toda lid, judicializando al máximo, en lo contencioso, su conflicto familiar, o si fuera contractual, laboral o frente a la Administración, etc., por mencionar algunos de los posibles supuestos prácticos ante los que los profesionales del derecho pudieran encontrarse en su actividad profesional en un posicionamiento enfrentado, defendiendo pretensiones en Derecho confrontadas.

Por su parte, Ricoeur nos habla de un primer estadio de emergencia en el sentido de *justicia* que viene del “simple grito: ¡Esto es injusto!”⁴⁴² es decir, un juicio que viene de la interpretación o juicio de intereses y derechos presuntamente socavados. Pero el arrebató está muy lejos de una exigencia moral en el sentido de justicia, porque la indignación –emoción moral común, con poco o mucho juicio detrás– rompe el vínculo inicial entre la venganza y la justicia, y ese tercero, ajeno a las acciones y los interesados de esas posiciones enfrentadas, es decir, el *juez*, Ricoeur le exige una posición de “justa

⁴⁴² *Ibid.*, p. 204.

distancia [...] requiere la transición entre la justicia en tanto que virtud y la justicia en tanto que institución.”⁴⁴³

Problemas similares ya encontró Aristóteles entre *justicia* como legalidad –en la aplicación de la ley silogística– y la necesidad de llevarla al terreno de la interpretación, labor que estudiamos en la jurisprudencia y el profesional del derecho, por ello, nos habló en su *ética nicomáquea* de una justicia que requiere de una habilidad en sentido práctico⁴⁴⁴ que encontramos en la virtud de la –*phrónesis*– o prudencia. Un sentido de justicia institucionalizada que se ha idealizado es el que apela al equilibrio o cálculo, de una justicia distributiva. El juez elige los fines y los medios adecuados, en los casos concretos para que la ley exprese lo justo. Los sistemas constitucionales defienden la justicia como igualdad de trato en la ley y ante la ley, es decir, sentirse la ciudadanía libre de discriminaciones y arbitrariedades. Con estas metas sociales institucionalizadas, un juez y demás instituciones públicas concernidas han de velar por preservar esos ideales de justicia logrados, una discusión radica en si es más una función del juez o una cuestión política para implementar su aplicación garantista. La administración efectiva de la justicia es función clara del primero, asignada por el propio ordenamiento jurídico –normalmente en el sistema constitucional y las leyes específicas que lo desarrollan–, en cambio, la política judicial, su elemento rector, lo establece el legislador político.

En la *justicia* como *virtud* –aparte, de las virtudes que se suelen presumir como atributos de la figura histórica del juzgador: prudencia, templanza, equidad, imparcialidad entre muchas otras– está en el campo de los atributos personales y no son tan fácilmente legislables, ayudan a equilibrar el exceso y el defecto. Esas virtudes, que podemos presumirle al profesional del derecho, además, en Ricoeur han de suponer una clara *empatía* hacia el *otro*:

“la justicia como virtud implica referencia recurrente al otro [...] la justicia es la inclinación hacia el otro de las demás virtudes, en la medida en que ellas dan cuenta de la existencia, de la necesidad y exigencias de cualquier persona.”⁴⁴⁵

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 205.

⁴⁴⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. 1137 b -1138 a.

⁴⁴⁵ P. RICOEUR. (2008): *Lo justo II. op. cit.*, p. 205.

En la Administración de Justicia, en palabras de Ricoeur al “pronunciar la palabra de justicia en una situación singular de conflicto,”⁴⁴⁶ no es sólo el tercero imparcial el que puede romper la distancia entre justicia y venganza, Ricoeur habla de la:

“ceremonia del lenguaje, [...] un intercambio de argumentos entre los representantes del querellante y los de la parte adversa” *la problemática del proceso que aprecia Ricoeur es* “transferir los conflictos del nivel de la violencia al del lenguaje y el discurso.”⁴⁴⁷

Por ello, hemos visto en los epígrafes anteriores los esfuerzos de la ciencia jurídica asentados en la teoría de la argumentación jurídica, que nos ha permitido adentrándonos en algunas de sus peculiaridades prácticas. La vía pragmática, tan en liza nos ayuda para que el *discurso* encuentre justificación de sentido en un acontecimiento del mundo, que es compartido, y además, jurídicamente conflictivo. Los textos nos abren a un mundo proyectivo, una ficción literaria temporal y real, el *lenguaje* ha trascendido por el arte, por la filosofía existencial y por la ética del *ser*, al convivir en compromiso con los otros, como en el proceder de la vida común, en el proceder judicial, el hombre tiene un mundo y, simplemente, una situación.⁴⁴⁸

En este sentido, Ricoeur nos habla de una pragmática trascendental del lenguaje, al elevar el tono del conflicto con la retórica, en unos argumentos que no son demostrativos, sino probables. En Ricoeur podemos superar el pretendido silogismo judicial y el método de subsunción en la práctica jurídica, al realzar el valor de la interpretación de las leyes disponibles y la historia jurisprudencial, mientras que la ciencia jurídica suele hablar de los métodos de encaje y ponderación.

El punto de vista hermenéutico, en la aportación de Ricoeur, nos muestra una interpretación con implicaciones de racionalidad argumentativa, puesto que, nos permite construir una narrativa, donde varias historias pueden ser construidas alrededor de los mismos hechos. Es lo que trata de analizar la teoría de la argumentación jurídica bajo esta concepción, pues esta “interpretación legal e interpretación narrativa deben estar combinadas en el proceso de toma de decisiones.”⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 207.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 207.

⁴⁴⁸ P. RICOEUR. (2002): *Del texto a la acción. Ensayos de hermenéutica II. op. cit.*, p. 74.

⁴⁴⁹ Para las citas que siguen en P. RICOEUR. (2008): *Lo justo II. op. cit.*, pp. 208 y ss.

En opinión de Ricoeur la propia racionalidad reglada legalmente para los procesos discursivos en Derecho es una garantía más *ética* que lógica, en sus palabras el marco discursivo que ofrece es “un aprendizaje pacífico de los conflictos.”⁴⁵⁰ El autor, piensa que esa transmisión de los conflictos a la esfera del lenguaje y el discurso es un logro para encauzar el conflicto hacia una solución razonada. Pero, en opinión de un interesado o de un profesional, la voluntad preminente sería la de transformar la violencia emocional externa, la de los juicios de emergencia del grito “¡esto es injusto!” a la violencia del lenguaje institucional.

En Derecho, la violencia común de las consecuencias jurídicas aparejadas a unos determinados hechos, se iniciaron por un juicio previo de ese grito “¡esto es injusto!”. Un adversario, por la articulación que posibilita el proceso justo, pudo replicar otro grito “¡mi pretensión es más justa!”, o el letrado jurista interpreta que tu injusticia tiene matices técnicos y doctrinales, que le permiten articular una estrategia contraria al otro grito, que expone razonadamente, en el proceso discursivo deliberativo institucional. El proceso dialógico de ese conflicto institucionalizado es en este sentido, epistemológico de búsqueda consensuada de soluciones y se desenvuelve, desde el sentido de justicia en el que nos queramos encontrar, en el sistema ético, moral y de valores, que nos guie o la interpretación, que instrumentalmente queramos utilizar de todo el material interpretable. En ese punto, es donde toma relevancia la ética profesional y el *ethos* que hayamos interiorizado y desplegamos para nuestro actuar como el carácter virtuoso que Aristóteles quería encontrar en el juez.

Una sentencia condenatoria –para el denunciado, demandado o querellado– o absolutoria –para el denunciante, demandante o querellante– puede suponer un castigo del sistema de justicia –por la pena o el resarcimiento, puesta o dejado de recibir– con una cierta violencia –que es legítima, conforme a las justificaciones legales mencionadas– y que acerca de nuevo las ideas de violencia y venganza a la idea de justicia. En el caso de darse una resolución positiva a las pretensiones, ese actor del proceso incrementa su confianza en el sistema, en el otro caso, el actor la reduce en una justicia del sacrificio. La prevalencia de una satisfacción en sus derechos frente a los del otro parece un fracaso

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 208.

de nuestra sociedad, ante la irresolubilidad del conflicto por la vía del consenso, el sistema institucional más que por un sistema de justicia idealizado actúa por pragmatismo y cálculo, en ese punto la virtud de la equidad y prudencia aristotélica resulta esencial.

En la doctrina penal hace tiempo se enseña a los juristas que, en el sistema penal, las penas habían de girar más hacia el aspecto de la rehabilitación y reinserción del penado, más que una penalidad meramente guiada por el aspecto retributivo. Ricoeur da un paso más y entiende, por ejemplo, las cárceles como “una parte de la ciudad, como una institución en el interior y no el exterior de la ciudad [...] es preciso hablar de continuidad del espacio público”⁴⁵¹. Sí no fuera así, estaríamos en el espíritu de la venganza sobre el espíritu de la justicia, siendo esta una medida pragmática a la paradoja de la violencia y la venganza en la justicia, que al estar en el discurso público, abierto, en una sociedad democrática, nos mete a todos en esa responsabilidad moral. Este sentir del discurso público se trasmite al hacerse oír en el cuerpo político, el cual es el encargado, por el poder ejecutivo y legislativo, de materializarlo como una exigencia social en el cuerpo legal, muestra de un logro más de nuestro proceso de progreso y racionalidad social.

4.5.4 Una hermenéutica que conecta los fenómenos sociales con la ética

Lo que estamos intentando destacar de lo que Ricoeur nos enseña es que la hermenéutica conecta los fenómenos sociales con la ética, una conexión que posibilita al *ser* afrontar su existencia y la misma *ética* como proyecto, una acción proyectiva del sentido, que se da en la vivencia compartida de las acciones. Éste es un acontecer vivencial del que pueden surgir significados. Estamos ante una hermenéutica ontológico-cognitiva y existencial, que nos conduce por el camino del sentido. Si queremos uno más concreto, la filosofía –sea del derecho, la moral o la política–, hermenéuticamente practicada, es una forma más de conducirnos por el sentido de la justicia que más nos aproveche frente a las variadas posibles.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 210.

Los textos jurídicos, la jurisprudencia, los libros teórico-doctrinales o la literatura jurídica en sus variados temas son inanimados, cuando el intérprete entra en ellos con una intención práctica los conecta con un problema vivencial del mundo al hacer una penetración de sentido con la que extraer algún provecho en el ejercicio de su racionalidad instrumental. Estos textos se activan en la experiencia hermenéutica y cobran un sentido para el juicio pragmático, el cual ostenta, además, un cariz ontológico-ético. La acción que acontece a la interpretación es la que justifica los discursos, cada encuentro hermenéutico con lo otro y los otros es algo nuevo y diferente, nada concluyente, por ello, la acción suspende los significados de la tradición que cobran vida en la nueva interpretación, los cuales no son definitivos, sino interpretables en la modulación adaptativa del momento histórico concreto.

La *hermenéutica ética* de Ricoeur nos conecta inexorablemente al otro,⁴⁵² hasta el punto de que no podría estimarme a mí mismo sin estimar al otro, bajo esta concepción, sin esa acción de encuentro con el otro, cualquier proyecto de justicia estaría condenado al fracaso. En la acción descubro, hermenéuticamente, que el otro constituye íntimamente mi sentido, por ello, mí-nuestra ontología-ética, es decir, la del ser ético, toma sentido intersubjetivamente. Este enfoque ético, que encontramos de Ricoeur, puede convertirse en un elemento que conecta la identidad narrativa personal hermenéutica del sí con el reconocerse personaje de la acción práctica, es decir, “las determinaciones éticas y morales de la acción, relacionadas, respectivamente, con las categorías de *lo bueno* y *lo obligatorio*.”⁴⁵³

Al abrirnos al reconocimiento y el empoderamiento del otro, nos hace identificarnos con unos mínimos “ineludibles para llevar adelante una vida digna de ser vivida.”⁴⁵⁴ Pero para no asimilarlo con un utilitarismo ético, nos vemos en la necesidad de buscar alternativas, unas fueron los proyectos normativos, otras que nos interesan es cuando avanzamos en una perspectiva de ética hermenéutica. Ricoeur lo hace, en una actitud de responsabilidad, en el reconocimiento o *atestación*, es decir, en la apreciación,

⁴⁵² P. RICOEUR. (1996): *Si mismo como otro*. Trad. A. Neira, Siglo XXI, Madrid, pp. 201-202.

⁴⁵³ J. CONILL. (2010): *Ética Hermenéutica*. 2ª ed., Tecnos, Madrid, p. 216.

⁴⁵⁴ A. CORTINA. (2007): *Justicia cordial. op. cit.*, p. 21.

evaluación y adscripción de las capacidades del otro⁴⁵⁵. No olvidemos que la idea de *lo justo*, lo construye el relato:

“el primer laboratorio del juicio moral” *que en la experiencia hermenéutica dialéctica nos permite* “intercambiar experiencias. Gracias a la fantasía ética somos capaces de explorar el reino del bien y del mal [...] en lo que Ricoeur denominará la sabiduría práctica.”⁴⁵⁶

El relato sobre unas capacidades que pudiera ostentar un jurista ideal, no sólo han de describir cualidades técnicas, sino también han de enseñarse y mostrarse para que puedan aprenderse como virtudes éticas. Estas predisposiciones no se adquieren por generación espontánea, sino que se van aprendiendo gracias a una educación rica en virtudes morales, las cuales están en los principios y valores, que ya ostenta el ordenamiento jurídico en el proceso de migración de lo moral al Derecho, y que complementa, en la acción práctica del Derecho nuestra identidad, carácter o *ethos*, junto a las ideas, creencias y convicciones que tomamos de otros ámbitos sociales y normativos, y que la educación moral de la sociedad ha de fomentar y proteger.

Una de las lecciones de comprender así el fenómeno moral y jurídico la vimos en el profesional del derecho, ya que todo ese saber nos lo aporta la ética y deontología profesional. Una exigencia moral cada vez mayor, que se requiere en su vida práctica. Este movimiento vital no podemos hacerlo sin compararlo con los otros y proyectarlos sobre nosotros, sean acontecimientos históricos, presentes o posibles en los horizontes de sentido que nos facilitan el acceso a una determinada convicción, idea o creencia, que pre-constituye nuestra comprensión. Ese ejercicio mental requiere hacer un juicio de estimación de valor, que en la hermenéutica genera un conflicto de interpretaciones, que pueden ser mejores o peores a ojos propios o de terceros, en palabras del profesor Jesús Conill, esa:

“búsqueda de adecuación entre nuestros ideales de vida y nuestras necesidades vitales compete a un tipo de juicio que para los demás sólo puede llegar a ser plausible, aunque, para uno mismo se sustenta en convicciones que pueden alcanzar una cierta evidencia de experiencia.”⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ J. CONILL. (2010): *Ética Hermenéutica. op. cit.*, p. 218.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 219.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 71.

El ideal aristotélico de *vida buena* que encontramos en el libro VI de la *Ética a Nicómaco*, en Ricoeur significa que:

“esta evidencia de experiencia es la nueva figura que reviste la atestación cuando la certeza de ser el autor de su propio discurso y de sus propios actos se hace convicción de juzgar el bien y de obrar bien, en una aproximación momentánea del vivir-bien,”⁴⁵⁸ o la *vida buena y justa aristotélica*.

La hermenéutica nos conecta con esas figuras modélicas de la tradición, como la de *humanista*, en un sentido más amplio de humanidad, al recuperar la indagación ética del Derecho, en una universalidad compartida que al tratar de comprender, hermenéuticamente hablando, traslada la alteridad del prisma ontológico del comprender al otro. Esa sorprendente toma de conciencia nos hace caer en la cuenta, desde la reciprocidad hermenéutica, de sus necesidades, sus gustos, sus virtudes y sus fracasos. Estamos ante una conexión sintiente de la experiencia emocional, que nos hace orbitar en la necesidad de ser respetado y valorado a nosotros mismos y los demás. Este giro sintiente y existencial de la experiencia hermenéutica vivencial ayuda a auto-interpretarse mejor uno mismo, desde lo que lo identifica o distingue del otro. Ello supone un estimarse en complitud de comprensión intersubjetiva, es un movimiento de crecimiento estimativo que puede generar una necesidad de compensar las necesidades y las carencias de los demás o de sentirse armonizado. Este sentido de justicia resulta loable y complementario a todos los demás, que aprendemos en la ontología ética que nos enseña una ética hermenéutica.

La peculiaridad de esta hermenéutica es que estimamos al otro, ello supone un conocimiento de uno mismo más amplio, todo lo que fui, soy y puedo ser, con todo lo que los otros fueron, son y podrían ser. Este ejercicio emocional sintiente, inserto en la acción de comprender, nos abre a una infinidad de sentidos posibles temporales, a un montón de identidades. Frente a la agónica finitud del ser existencial, permite ampliar nuestras posibilidades de conocimiento, porque estamos ante otra forma posible de explicar cómo funciona el conocimiento del ser social.

⁴⁵⁸ P. RICOEUR. (1996): *Si mismo como otro*. Trad. A. Neira, Siglo XXI, Madrid/México, p. 186.

Estamos descubriendo una hermenéutica abierta a la ética que encaja con una actitud de responsabilidad como la exigida a los juristas. La ética se esfuerza por solucionar problemas, la idealidad de la sociedad es una empresa de gran envergadura asignada comúnmente a la tarea política o sociológica, en el plano de las utopías políticas o sociales. La justicia en este plano, la encontramos conectada al intérprete por la hermenéutica ética en las vivencias del profesional del derecho.

En una dimensión ético-hermenéutica de la interpretación de los fenómenos que enfrentan los juristas, encontramos como virtud, lo que Ricoeur denomina *atestación*. Si el jurista es responsable, puede revestir la voluntad de atenuar el sufrimiento de lo que interpretamos como una injusticia, desde nuestras convicciones, sentimientos o emociones morales. Si la idea de justicia es más difusa, la emotividad del sufrimiento es más clarificatoria, porque tensiona y alienta la necesidad de buscar fórmulas de atenuación del sufrimiento. La vivencia conflictiva lo clarifica, la hermenéutica permite una captación de ese sufrimiento como un sin sentido, que genera una energía vital de resistencia. La educación de esas virtudes cordiales, desde la emotividad de sentir el sufrimiento del otro, y en la virtud del cuidado y el saber cuidar, asentadas en su epicentro, son también encomiables proyectos vitales para cualquier proyecto profesional.

4.5.5 La hermenéutica como aprendizaje de un humanismo cívico

En el humanismo cívico identificamos ciertos sentidos como los de la *prudencia*, la *equidad* y un sentido de lo *justo*, que tenemos que aprender a relatar con nuestro lenguaje a partir de lo que vemos, sentimos, entendemos y proyectamos en la especificidad de los conflictos que cada jurista particular experimenta en las situaciones concretas que le golpean. En ese orden de compromisos, por ejemplo, nos encontramos ayudados por la hermenéutica jurídica, que nos permite explorar los sentidos de justicia. Las decisiones judiciales recogen con la técnica jurídica un sentido dogmático, junto a otros muchos elementos que hemos ido viendo en el proceso de investigación. Unos son personales, otros de conocimientos generales o especiales y técnicos aprendidos; están,

también, los lingüístico-comunicativos de la argumentación jurídica, los discursos retóricos y la dialéctica argumentativa, entre muchos de los posibles.

En Ricoeur la justicia puede identificarse con un sentimiento tan placentero como el *amor*⁴⁵⁹, la justicia atesorando un componente de reivindicación y argumentación. Hemos de evitar que la justicia caiga en un simple cálculo utilitarista, Amartya Sen ve que, si nos centramos en ese utilitarismo, podemos incurrir en una limitación de la variabilidad subjetiva en términos de justicia. Esta es una tradicional crítica al utilitarismo, desde una concepción de justicia que respete el ideal de libertad, en el que uno pueda autodeterminarse en cómo quiere vivir y éste ha de llevarse a cabo en términos de capacidades.⁴⁶⁰ Incluso en un paso más, el empoderamiento de esas capacidades nos permitirían, por ejemplo, cumplir unas necesidades básicas como el estar bien alimentado, el ostentar una buena salud o el poder participar en condiciones de simetría en la vida política de la comunidad. Este último rol se refuerza en el ideal de la participación política habermasiana, en un modelo de democracia participativa, es decir, por los:

“Derechos fundamentales a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión y la voluntad comunes, en los que los ciudadanos ejerzan su autonomía política y mediante los que establezcan derecho legítimo.”⁴⁶¹

En esa tradición encontramos otro ilustre frankfurtiano, Axel Honneth que en su libro *La lucha por el reconocimiento* considera que el *amor* representa el primer estadio de reconocimiento recíproco. Los sujetos se confirman en su naturaleza necesitada y se reconocen como sujetos de necesidad, estamos ante un reconocimiento que no puede quedar en una mera utopía de teóricos o filósofos, sino, que requiere de una lucha para convertirlo en un logro social consumado, que supone el paso al reconocimiento recíproco institucional y cultural.⁴⁶² El reconocimiento social se da bajo las exigencias de la

⁴⁵⁹ P. RICOEUR. (1993): *Amor y justicia*. Trad. Tomas Domingo Moratalla, Caparrós, Madrid, p. 32.

⁴⁶⁰ A. SEN. (1995): *Nuevo examen de la desigualdad*. Trad. Ana Maria Bravo, Alianza, Madrid, pp. 53-54.

⁴⁶¹ J. HARBERMAS. (2010): *Facticidad y validez*. *op. cit.*, p. 189.

⁴⁶² A. HONNETH. (1997): *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*. Trad. Manuel Ballester, Crítica, Barcelona, pp. 114-115.

solidaridad simétrica, el reconocimiento jurídico, se confirma en la positivización de los derechos que recoge ese valor de la solidaridad.

En Ricoeur estamos viendo que la sabiduría práctica en el juicio moral es un instrumento de mediación entre la pretensión universalista de la norma y las diferentes interpretaciones de la conciencia histórica que hemos estado viendo en la experiencia hermenéutica. Esa sabiduría práctica, el profesor Jesús Conill la interpreta como:

“aquel tacto por el que el juicio moral en situación, animado por la convicción, es capaz de responder a los conflictos que suscita una moral de la obligación, con el objetivo de lograr una vida buena con y para los otros en instituciones justas.”⁴⁶³

Un enfoque apreciadísimo para entender conforme a una perspectiva de *ética aplicada* a los profesionales del derecho es el que identifica el concepto de eticidad en la vida práctica con la virtud dianoética aristotélica de la sabiduría y la *phrónesis*. Si la teoría de la argumentación, tradicionalmente, se ha preocupado, por un lado, de las exigencias de universalidad y la normativización racional de los procedimientos comunicativos, por otro lado, nos encontramos ante las grandes limitaciones de la contextualización, en los conflictos aplicativos de la vida práctica. En la concepción de Ricoeur encontramos una salvaguarda a ese hándicap en esa fórmula tan peculiar que nos aporta la categoría de la “atestación” que supone “situarse en el debate de las convicciones, en las que vivimos y expresamos nuestras interpretaciones y evaluaciones de lo que consideramos bueno en la vida práctica.”⁴⁶⁴

La reciprocidad y el reconocimiento que nos aportan estos autores, los situamos en el prisma de los profesionales del derecho en una actitud de responsabilidad moral hacia el otro. Sin pretender ser dogmáticos con nuestros ideales de justicia, ésta no encuentra su fundamento, ni en la metafísica, ni en la historia, ni en la antropología o la psicología, sino en el momento aplicativo concreto de un sujeto que es portador de un sentido de justicia para dicha experiencia vivencial y emocional particular, el cual es auspiciado por unas convicciones que se identifican con una forma de vida concreta que se va viviendo y aprendiendo.

⁴⁶³ J. CONILL. (2010): *Ética Hermenéutica. op. cit.*, p. 230.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 236.

Por ejemplo, el juez ostenta un sentido de justicia profesional, repara injusticias en una hermenéutica jurídica de la responsabilidad, que le conecta con un sentido de justicia desde el sinsentido del otro, donde los dos son, ontológicamente, igual a los que juzgan y los que se someten al acto de la justicia. Por esto, los que acuden o se ven involucrados en un procedimiento de Administración de Justicia han de confiar en que el otro tenga una cierta responsabilidad acerca de mi sentido de sufrimiento. Sin esa confianza, la Administración de Justicia se convierte en un instrumento inoperativo para el sentido del que interpreta ese proceso como justo. En ella ha de haber un trasfondo de fundamentación o justificación ética, a pesar de que lo imperante en ella sea el principio de legalidad que entiende una justicia como legalidad en la interpretación dogmática y su poder coercitivo.

La venganza o la reciprocidad del daño producido no pueden ser las únicas brújulas morales del sistema, la injusticia no se combate con una justicia de un mismo grado cuantitativo o cualitativo en lo retributivo. Una muerte no se castiga con otra en nuestro sistema ideal, aunque, algunos ordenamientos jurídicos lo contemplen como fórmulas retributivas y preventivas que infringen temor para otros posibles infractores. Lo que nos interesa es que la justicia ha de contemplar la idoneidad, proporcionar un cierto sentido social al castigo, ordenado con la *prudencia*, el *justo medio* o el apreciador certero que no suele estar en la norma, sino, en el que la interpreta. Ello nos permite encontrar virtudes categoriales que el administrador y apreciador práctico infiere a la interpretación de las leyes y los hechos, que ha de aprender a domar haciéndose experto en cada experiencia particular.

Esta es una labor interesante que hemos de promover e incumbe no sólo al teórico del Derecho o al legislador-político o al filósofo práctico y del Derecho, sino también, al jurista, un profesional que se hace cargo de esa previsión social y es el encargado de ejecutar y fiscalizar su cumplimiento, directa o indirectamente, en la compleja institucionalización del sistema de normas y de la Administración de Justicia que nos hemos dado. El terreno está expedito, la labor es compleja y sigue avanzando, pero es de una gran carga de responsabilidad moral de todos los involucrados. Esta tarea comienza su ardua andadura caminando a partir de sus múltiples tomas de conciencia, para que esta perspectiva ideal de la práctica jurídica sea posible a veces se requiere de un pequeño

empujón de concienciación. Por eso, un esfuerzo cognitivo colaborativo, como el propuesto en este trabajo, representa un alumbramiento de sus virtudes, críticas y necesidades, para que, simplemente, nos ponga de cara ante tales necesidades y nuestro actuar sea en consecuencia acorde con estas responsabilidades.

CONCLUSIONES

La investigación que hemos llevada a cabo a lo largo del estudio nos ha permitido profundizar en temas de responsabilidad, juicio y motivación moral en las profesiones jurídicas, desde una perspectiva mental trabajada a través de una metodología crítica y transversal, la cual, nos permitió conectar nuestra experiencia profesional previa en el Derecho con las tradiciones seleccionadas en ciencia, filosofía y derecho. De esta forma, el estudio ha tratado preceptos legales, leyes, jurisprudencia y algunos ejemplos de la práctica jurídica, pero también ha sido un intento de acceder al neuroderecho, abriendo la investigación a los temas de neurociencia, psiquiatría legal y forense, psicología, comunicación, lenguaje, ontología, epistemología, axiología y filosofía moral, depositando el peso específico de la investigación en las tradiciones filosóficas. Un largo etcétera de materias y cuestionamientos tratados, cuyos intentos de resolución pretendimos que fueran herramientas útiles para que los juristas, en su quehacer práctico cotidiano, pudieran identificar lo que serían malas prácticas. Por desgracia, dicho intento ha resultado ser demasiado ambiciosos en cuanto algunas de sus pretensiones iniciales, principalmente, por varios de los siguientes motivos:

- a. El primero, por la propia dificultad de los temas propuestos, es decir, por encontrar una compleja relación entre el Derecho y el cerebro, que nos enfrenta a la enigmática conexión que separa los abismos ontológicos entre el cerebro, como órgano empíricamente observable, y el Derecho, siendo éste, uno de los objetos de su representación producido por la actividad mental.
- b. El segundo problema deriva de las propias deficiencias epistemológicas del método de verificación empírica, el cual impera en la experimentación de las neurociencias. Además, hemos encontrado un nuevo marco: *neurolaw*, afecto a una gran interdisciplinariedad y pluralidad de metodologías, lo cual dificulta más si cabe la forma de encarar sus temas.
- c. El tercer inconveniente ha sido el pretender servirnos de las diferentes tradiciones filosóficas, por ejemplo: la analítica, la crítica, la discursiva, las ontológicas, epistemológicas, las hermenéuticas, etc., de forma global en su conjunto y tan solo

llegar a extraer algunas temáticas concretas de autores tan esenciales como Heidegger, Gadamer y Ricoeur, dejando en el tintero el resto de autores o, en el caso particular de ellos, otras partes también significativas de sus obras. Es decir, el tratar de forma selectiva y marginalmente autores tan complejos, entre los que podríamos sumar a Habermas, Alexy, Perelman o Toulmin. Cualquiera de ellos, a modo monográfico, podría suponer ya un estudio específico y pormenorizado. En relación a este problema, un inconveniente añadido ha sido que, en estos autores, apenas encontramos temas mentales en clave neurocientífica. Por ese motivo, nos hemos visto obligados a focalizar el estudio, desde una perspectiva epistemológica, en el proceso de comprensión y la comunicación cognitivo-intersubjetiva, en los auditorios y foros en los que los juristas llevan a cabo en su práctica jurídica.

- d. En cuarto lugar, otro inconveniente ha sido que tampoco hemos podido cubrir la gran cantidad de profesionales del derecho existentes, por lo que nuestra solución, por razones obvias de formato, ha consistido en sintetizar algunas de esas problemáticas concretas en algunos de los juristas más representativos, como son por ejemplo las abogadas/os y las juezas/ces. Hemos tratado de clarificar la racionalidad de algunos de los procesos en los que intervienen, a partir de su juicio y responsabilidad, adentrándonos de forma incisiva en algunas de sus problemáticas prácticas más comunes, así como los posibles dilemas morales ante los que se enfrentan en la práctica jurídica, dejando el resto de problemáticas y otros tantos profesionales del derecho en el tintero para futuras investigaciones.

Estos inconvenientes, propios de elegir un tema tan general y novedoso para la investigación, así como autores tan significativos en la historia del pensamiento para desarrollarlo, los hemos intentado suplir con un enfoque más global, dentro de la gran heterogeneidad de autores y disciplinas trabajadas. Por ello, en el enfoque de la investigación, sí he concretado y colmado algunas de mis ambiciones iniciales, aunque, de una forma más modesta. En ese sentido, el proceso de búsqueda de soluciones a todas estas problemáticas inicialmente planteadas me ha permitido clarificar de una forma más humilde determinados temas, que se estructuran en los cuatro capítulos esenciales del índice y que pasamos a detallar de forma más sintética como nuestras conclusiones:

1.– En cuanto al impacto del neuroderecho, estudiado en el *primer capítulo*, los temas tratados vienen relacionados con las preguntas metodológicas formuladas al inicio del trabajo acerca de *¿Cómo viene asimilándose el fenómeno neurocientífico en el Derecho?* y la de *¿La experimentación empírica podría darnos una explicación completa del cerebro?*. El rastreo del estado de la cuestión en *neurolaw* y algunas de sus problemáticas más comunes nos ha demostrado que este fenómeno, tan incipiente y en expansión continua, viene auspiciado por una gran pluralidad epistemológica. Además, está aupado por una gran amplitud de miras, generalmente propiciadas por una tremenda interdisciplinariedad, que le confieren además una enorme dificultad como materia de estudio dentro del complejo universo *neuro*, el cual nos ha mostrado varias cosas:

1.1.– La hipótesis de que muchos de los estudios neurocientíficos, en ocasiones, vienen motivados por pretensiones demasiado desmesuradas, sobre todo respecto al conocimiento empírico del cerebro que pueden ofrecernos. Esto ocurre porque su explicación no puede extraerse simplemente desde un mero intento de comprensión del plano orgánico, debido a la tremenda complejidad de la estructura neuro-biológica del cerebro, algo que, difícilmente, puede reducirse a la explicación de unas simples muestras experimentales extraída en los laboratorios neurocientíficos. Si, además, le adherimos a su estudio la dimensión subjetiva de sentimientos, ideas, creencias, gustos, tendencias, motivaciones, etc., en un intento de lograr la concreción de unas bases cerebrales del comportamiento psico-social, la irresolubilidad de sus problemáticas se exponencializa, por lo que una posición crítica, como la expresada desde el campo moral, puede alertarnos de que pudiera estar produciéndose un paso ilegítimo de un *es* cerebral a un *deber ser* moral.

Al aproximarnos al quehacer neurocientífico hemos encontrado serias dudas en el proceso de verificación experimental. La *neurociencia* está expuesta constantemente a un intento de comprensión, en ocasiones demasiado ambiciosa, sustentada en una sistémica debilidad epistemológica, que la tradición filosófica ha descrito de diferentes formas: desde las clásicas dudas kantianas al juicio sintético *a priori* hasta las más contemporáneas críticas de los dogmas del empirismos, que expusimos con Quine, pasando por la problemática de reducir la ciencia al método, que vemos en Gadamer, algo que en una tradición crítica, fagocitada por una razón instrumental de inspiración

habermasiana, conecta el conocimiento con el interés. Estas problemáticas clásicas, reflejadas en nuestras inquietudes investigadoras, nos han llevado en el trabajo a desenvolvemos en el hilo conductor de la tradición crítica, la cual nos ha ayudado a descifrar, como nos propusimos al inicio, parte de lo racional o irracional que pudieran albergar las dinámicas neurocientíficas en relación con el Derecho.

De esta forma, por las razones instrumentales que subyacen a este conocimiento y los derechos en juego, una de nuestras tareas esenciales ha sido alertar desde la crítica que nos ofrece el enfoque *neuroético*, la necesidad de mostrar una amplia revisión crítica y ética del avance de los fenómenos neurocientíficos relacionados con el Derecho, evitando posibles mermas de derechos personales o colectivos por determinados tratamientos que pudiera estar dando la neurociencia y el neuroderecho.

1.2.– Estos inconvenientes, al llevarlos al tema de la psiquiatría legal y forense, un enfoque dominante en *neurolaw*, nos hace encontrar una disciplina incipiente en el mundo del Derecho, que junto a las dificultades epistemológicas ya arrastradas, les sumamos las de la gran implicación de derechos y obligaciones jurídicas en juego, especialmente, cuando nos trasladamos al momento decisorio, en el que un determinado operador jurídico ha de confiar en esas evidencias empíricas para sustentar sus pretensiones en Derecho. Por ejemplo, vimos, que un *juez*: por una parte, puede tener en consideración, para aplicar un atenuante o una eximente en derecho penal, un dictamen pericial de adicción o un informe forense que habla de una enajenación mental transitoria, ofrecidas ambas, por un perito habilitado y cualificado; o por otro lado, incluso pueden presentársele ciertas dudas entre el material probatorio respecto a los nuevos avances de la ingeniería cerebral, como son los ofrecidos por el posible uso de pruebas de polígrafo, neuroimágenes, etc. En este nivel del caso particular, el aprovechamiento del conocimiento neurocientífico viene determinado: primero, por un derecho procesal que habilita al proponente en la posibilidad de solicitar e insertar en un procedimiento libremente todo tipo de pruebas que cumplan los requisitos legalmente previstos, y que considere oportunas para defender su pretensión; pero en un segundo plano, el del ámbito decisorio del juez, se da una facultad de conceder o no su admisión, a la que le seguirá una facultad mayor sobre su libre valoración, es decir, dándole un mayor, menor o ningún

peso específico a la presunta evidencia empírica entre los motivos que sustentarán la argumentación de sus resoluciones o decisiones judiciales.

La tónica general que encontramos en el Derecho práctico judicial es que el *neuroderecho*, en su vertiente de psiquiatría legal y forense, hasta que no lleguen a instaurarse de una forma más clara todas estas innovaciones, con una correcta protocolización de sus métodos y la consiguiente delimitación más precisa, por parte de la doctrina, la jurisprudencia y, sobre todo, por una legislación acorde que adapte las necesidades actuales a las innovaciones tecnológicas y las regule. Ese conocimiento neurocientífico, ofrecido por la ingeniería cerebral y otras herramientas tecnológicas, no llegarán a ser utilidades con mayor expansión, generalización y aceptación en el conjunto de la práctica judicial de nuestro entorno jurídico.

1.3.– A partir del estudio de Gadamer hemos descubierto que no existe un paradigma rompedor introducido por la *neurociencia*, sino que se requiere de un conocimiento previo y unas categorías de las que servirse para estructurar su sentido. En esa vocación por lo novedoso solemos hablar de neuroderecho, neuroretórica, neuroética, etc., añadiendo el prefijo *neuro* a unas categorías y disciplinas con una larga tradición. En esas construcciones priman unos *prejuicios*, y no lo hacemos en el sentido peyorativo del término, sino de aquellas ideas y conocimientos previos, los cuales preconstituyen en la experiencia presente del que intenta comprender, un sentido nuevo junto a lo antiguo. Además, en el Derecho existen muchos de estos prejuicios precompresivos, y la gran mayoría son deontológicamente ineludibles, pues estamos en una disciplina fuertemente guiada por la dogmática jurídica y, sobre todo, por la regulación material y procesal del derecho positivo. Incluso, hemos de tener en consideración en el juicio del jurista muchos elementos subjetivos de conocimiento, sean propios y comunes, que afectan al intérprete.

1.4.– En el tercer capítulo, dedicado a la racionalidad argumentativa, nos hemos ayudado de estas tradiciones a fin de reconstruir los tópicos neurocientíficos, comprobando en su seno una *retórica* que viene sustentada por la gran autoridad neurocientífica. Una etiqueta genuina que atesoran los estudios neurocientíficos, y que les sirve de potente elemento catalizador de su mensaje en lo retórico, al conferirle un gran componente de persuasión en sus discursos, pues reviste estos estudios con la autoridad de un argumento *ad verencundiam*. Cuando reconstruimos la forma de

argumentar en neurociencia, en alguna de sus numerosísimas bibliografías que hemos trabajado, vemos que su forma de persuadir o tratar de convencer parte de premisas implícitas construidas a partir de opiniones comúnmente aceptadas, entre ellas, las metodológicas y epistémicas. Estas requieren de un debate de mayor calado, conforme a las problemáticas introducidas por los grandes autores de referencia, en relación a la epistemología y la teoría del conocimiento. En el trabajo hemos evitado un debate de fundamentación, por su tremenda complejidad y conflictividad; en cambio, sí hemos optado por un estudio más práctico, en cuanto a las utilidades que hemos intentado ofrecer alrededor de la racionalidad argumentativa. Dicho enfoque sí nos ha permitido de una forma más concreta expresar algunas muestras de lo racional o irracional, que pudiera albergar la argumentación neurocientífica.

1.5.– Por estos motivos el capítulo relativo al modo en cómo se argumenta en neurociencia, nos ha permitido extraer como conclusión principal el peligro de argumentar tratando de transmitir un alto grado de convicción, con una retórica sustentada, principalmente, en el prestigio del método y la tecnología, como pudiera ser la aportada por la ingeniería cerebral, a pesar de subyacerle un trasfondo de debilidad epistemológica mencionado. A partir de Descartes, y en la especial mención que hicimos de la evolución de la analiticidad de los juicios, desde Kant a Quine y la crítica de los dogmas del empirismo, las pretensiones de *verdad* en todo conocimiento científico experimental se alejan de la posibilidad de lograr verdades demostrativas incuestionables a partir de evidencias empíricas. Pero, a pesar de este inconveniente descrito ampliamente por la visión crítica de la filosofía, en los discursos neurocientíficos se suele transmitir una retórica de la convicción, con poco uso de las cláusulas de provisionalidad acerca del valor epistemológico de ese esfuerzo cognitivo.

1.6.– En cuanto al tema de las *emociones*, la investigación nos ha mostrado que no podemos minusvalorar su papel en la toma de decisiones en general, tampoco en la visión que tenemos del Derecho en particular. Tras estudiarlas en el campo de aquellas motivaciones que subyacen a la acción, vimos que estamos estructuralmente constituidos en un organismo sintiente y las emociones nos afectan de forma singular en nuestras acciones. Además, en los procesos más juiciosos y vehementes, como el experimentado en el juicio de responsabilidad, lo que somatizamos, sentimos y nos estimula trasciende

a la experiencia psicológica y predispone la acción de forma singular. Estamos determinados en muchas ocasiones por nuestros estados de ánimo y muchas de nuestras acciones, las que más nos interesan en temas de responsabilidad moral, nos conectan emocionalmente con el sufrimiento del otro, a lo que estamos ontológicamente abiertos desde el plano de las emociones morales y la convivencia social.

Si la idea de *justicia* es más compleja de dilucidar, la emotividad del sufrimiento nos ha resultado ser más clarificadora, porque tensiona y alienta la necesidad de buscar fórmulas de atenuación del sufrimiento. La vivencia conflictiva lo clarifica, la hermenéutica permite una captación de ese sufrimiento como un sinsentido, que genera una energía vital de resistencia inmiscuyéndonos en la responsabilidad y la inventiva de sentidos prácticos para la mitigación del mismo. El jurista necesita en su educación experimentar muchas de esas emociones morales, en supuestos prácticos que les generen sentimientos de repulsa, vergüenza, compasión, admiración, etc. Estas emociones fortalecen la empatía con el sufrimiento y nos responsabilizan para futuras situaciones de conflicto, en las que se nos ponga a prueba moralmente y tengamos que dar respuestas acordes. Estamos ante una forma racional de aprender a ser mejores moralmente, desde la que podemos contribuir a hacernos mejores juristas, haciendo hincapié en su cuidado y educación, en relación con las dinámicas que mejoran la sociedad.

2.– En el trabajo, cuando nos interesamos por el *juicio de responsabilidad* del jurista en el capítulo segundo, lo tratamos mediado por dos puntos de vista: en un primer enfoque, el de una *ética aplicada*, que viene reforzada en lo normativo por la regulación del derecho positivo y los distintos códigos deontológicos; y en un segundo sentido, lo analizamos bajo el prisma de la *razón instrumental* habermasiana dominada por el juicio pragmático:

2.1.– Desde la perspectiva de la *ética aplicada*, ante la gran cantidad de profesionales existentes que trabajan alrededor del Derecho, tuvimos que limitar el ámbito de estudio, sintetizando parte de la estructura y regulación de la ética y la deontología profesional, en la extensa jerárquica competencial del sistema institucional que regulan las profesiones jurídicas y las diferentes corporaciones del derecho público

que las engloban. A modo ejemplificador, incidimos en el ejemplo de los abogados y jueces, en el ordenamiento jurídico español y con algunas pinceladas de su asociacionismo nacional e internacional, dando profundidad a los temas y adentrándonos con algunos supuestos prácticos dentro del campo de la responsabilidad moral del jurista.

2.1.1.– A nivel categorial aclaramos, en primer lugar, que en la ética aplicada a las profesiones jurídicas encontramos para sus profesionales, una praxis *teleia* con un fin en sí misma, ejemplo, el de un juez profesional destinado al servicio público que representa unos fines internos al propio ordenamiento jurídico, frente a otros profesionales, como por ejemplo, los letrados particulares, los de la administración, fiscales, etc., que representan intereses privados, de la administración o de otra índole, que acuden al sistema institucional con fines externos al propio ordenamiento jurídico o la administración de justicia, pero comparten un interés por servirse de las leyes, sus procesos y sus instituciones para sus fines particulares, sean privados o institucionales.

La práctica jurídica al representar una profesión con un alto grado de especialización, requiere de una excelencia profesional *aristó*, que podemos encuadrarla en el ámbito de los hábitos virtuosos. El jurista ha de aprender una *techné* que le permita cumplir esas exigencias de excelencia profesional, tan reclamadas por los particulares o personas jurídicas que requieren de sus servicios. La alerta filosófica nos informa de no reducir su ejercicio a meras cuestiones de método o técnica.

El *ethos* lo solemos identificar con los buenos usos y costumbres del lugar, que se van asentando en nuestro carácter en un proceso experiencial y formativo constante. Por eso la *educación moral* en valores del jurista es una interesante exigencia del sistema educativo, que se ha de implementar desde los propios sistemas formativos en los que se educan los futuros juristas. Al tratar el tema vimos, cuando estudiamos el sistema educativo español, que la formación de los juristas adolece de numerosas deficiencias en contenidos éticos y deontológicos, sobre todo en la formación básica de los profesionales del Derecho en las facultades. La solución propuesta entendimos que pasaba por dotar de mayores contenidos éticos a la estructura curricular del sistema educativo de los futuros juristas, procurando una mayor implementación de estas materias en todas sus fases formativas; entendemos que son estos los momentos esenciales en los que se preparan moralmente los futuros juristas.

2.1.2.– El asociacionismo organizativo nacional e internacional resulta de gran utilidad al enriquecer con valores morales la práctica jurídica, pues hace identificarse al miembro que lo engloba en la identidad ideal de esos organismos, es decir, acercarse a esos ideales, creencias y valores que representan, que en su gran mayoría, programáticamente, suelen enfocarse en la defensa de la profesión, la ley, los Derechos Humanos, los valores democráticos, etc. Estos profesionales, una vez pasan a formar parte de estas instituciones, se adhieren a su estatuto orgánico, es decir, a los derechos y obligaciones que representan, algo que lo suelen hacer para la defensa y la promoción de los valores de esa organización, una tendencia cada vez más globalizada que interconecta el conjunto de los valores comunes que nos identifican de forma global a nivel institucional. Por ello, vimos que resulta conveniente promover la instauración de estos asociacionismos, su pluralidad e independencia de otros intereses externos a la profesión, como son los gubernamentales, administrativos, empresariales, etc. Resulta para el profesional positivo implicarse en la defensa de todos aquellos valores que hacemos comunes, además de mantener, entre las propias organizaciones, posturas de diálogo y búsqueda de afinidades, trazando puntos de encuentro frente a las diferencias y, a su vez, encauzando acciones comunes de protección frente a las injerencias externas a la profesión.

2.2.– Desde el segundo punto de vista, al tratar de sintetizar elementos habermasianos para el *juicio de responsabilidad* del jurista, en el particular sesgo filosófico de este autor, al rescatar para la práctica jurídica la razón pragmático-instrumental, vimos que en sus motivaciones para actuar se daba una *ponderación* de los intereses en juego. Los juristas solemos hacer juicios previos al actuar, es decir, un cálculo instrumental de perjuicios y beneficios que ponen los valores personales y colectivos en juego:

2.2.1.– En ese tipo de razonamiento el ejemplo de la *objeción de conciencia* nos permitió adentrarnos en la transversalidad de la conciencia moral personal, que en muchas ocasiones nos enfrenta en un difícil dilema moral con la legalidad vigente. En un estudio más plenamente jurídico, nos inmiscuimos en el estudio de un derecho constitucional que, en el ámbito del ordenamiento jurídico español encontrábamos deficientemente regulado

ya que, a parte de su carácter eminentemente anacrónico, una objeción de conciencia para un servicio militar obligatorio que ya no existe, contiene una exigencia limitativa para su ejercicio práctico como es la *interpositio legislatoris* del art. 30.2 de la Constitución española. Esta cláusula limitativa exige una regulación previa para su ejercicio que, ante una generalizada falta de regulaciones específicas para los juristas y otros muchos supuestos desregulados, origina discriminación respecto a otros profesionales como, por ejemplo, los sanitarios que sí disponen de una amplia regulación en la materia que les ampara en muchos de sus supuestos prácticos, con una delimitación de las condiciones en las que pueden ejercer la objeción de conciencia.

El efecto negativo de esta deficiencia son cajones de sastre, como las apelaciones a las desavenencias, renunciadas o incompatibilidades, amparadas en muchas ocasiones en prácticas insinceras, eludiéndolas como cuestiones de conciencia y llevándolas a la vía instrumental, que para los profesionales insertos en la función pública acentúa su carga como dilema de conciencia, ya que, ese posible actuar personal en conciencia choca directamente con un especial deber de obediencia, que ven conferido por su estatuto profesional mucho más restrictivo. Una muestra jurisprudencial más detallada de dichas problemáticas la encontraremos en el anexo I.

La solución que propusimos ante la problemática de la carencia de legislaciones específicas fue, en primer lugar, una reforma constitucional que permitiera actualizar un derecho tan anacrónico y limitado; en segundo lugar, ante el inconveniente del requerimiento de mayorías legislativas cualificadas para una posible reforma constitucional, serían las pertinentes legislaciones específicas de menor rango las que pudieran dotar de cobertura a la mayor cantidad supuestos prácticos posibles, como ocurre en el ámbito de las profesiones sanitarias.

A falta de estas regulaciones, por la inoperancia o el desinterés gubernamental y legislativo, se ha dejado, principalmente, la defensa del derecho a las interpretaciones extensivas que se dan por analogía en los Tribunales, con su labor jurisprudencial. Un proceder que se ha extendido en los supuestos más sonados y necesitados de amparo a partir de los precedentes, aunque en la práctica nos encontremos ante una carencia de ejercicio efectivo sin una ley específica que la regule. En los supuestos prácticos vimos que se puede llegar a la sede judicial por un cauce de mayor o de menor protección,

dependiendo de cómo consideremos su estatus constitucional, es decir, entendiéndolo como un Derecho Constitucional de los comunes inserto en su articulado; en este caso, por su naturaleza jurídica, las prerrogativas de protección serían mucho más limitadas por el bajo porcentaje anual de asuntos que son admitidos a trámite en el Tribunal Constitucional, pero si lo entendemos como un Derecho Fundamental del Título Primero, Capítulo Segundo, Sección Primera de la Constitución Española, su ámbito de protección sería mucho mayor con el amparo constitucional y el procedimiento preferente y sumario ante cualquier Tribunal.

2.2.2.– Para Habermas vimos que los Derechos Fundamentales consuman la legitimación del derecho positivo vigente en el entrelazamiento, entre el principio democrático y el principio del discurso, con la forma lógica. Ésta será en su concepción, la génesis lógica de su teoría discursiva del Derecho, que ostenta la capacidad mediadora entre la facticidad de la política, de la economía y la pretensión de validez normativa de la moral. Una pretensión que, en su concepción, hemos aprendido que no ha de ser tan sólo fáctica y social, sino que ha de ser además una validez que ha de lograrse también desde la razón comunicativa.

2.2.3.– Aparte de hablar de una racionalidad comunicativa en la práctica del Derecho en el paradigma de la comunicación y el lenguaje, en la investigación hemos mostrado que necesitamos estimar y conocer los contextos vitales de sus protagonistas, esta predisposición la vimos necesaria con el fin de tratar de humanizar la práctica jurídica. La concepción habermasiana de *validez* del Derecho, la vincula el autor al *principio democrático*, con la intervención de todos sus posibles afectados en el proceso deliberativo de producción normativa. Pero esta concepción normativa entendemos no es suficiente para justificar moralmente el Derecho, pues en las personas a las que se refiere y en el seno de una democracia liberal, encontramos una amplia pluralidad de gustos y preferencias. Precisamente, en la forma de autodeterminarse y actuar libremente en el seno de cada sociedad, donde no todos los ciudadanos o implicados por las normas que se van a crear queremos, sabemos o podemos formar parte activa de este modelo de democracia participativa, por ello, en la gran mayoría de nuestros sistemas políticos preferimos delegar esas prerrogativas en un modelo de democracia representativa.

2.2.4.– Además, al deliberar sobre el Derecho, labor no exclusiva del juez, estoy valorando normativamente. También hemos visto que en los procedimientos en los que se inmiscuyen los juristas se requiere justificar sus pretensiones con razones. Entonces la *deliberación* enriquece moralmente sus procesos y, en este sentido, no sólo nos estamos refiriendo al procedimiento específico de administrar justicia, sino, también, engloba la gran mayoría de los procedimientos administrativos institucionalizados, donde se aplica a diario el Derecho, interviniendo unos profesionales altamente especializados. En casi todos los procedimientos institucionales del Derecho suele darse una confrontación dialéctica y deliberativa de sus intervinientes con fases de audiencia, prueba, alegaciones, etc. Esa facultad del diálogo e intercambio la encontramos también gratamente configurada en el derecho procesal positivo, en el cual impera este rasgo garantista tan específico del Derecho, el cual, a nivel epistemológico, genera un conocimiento colaborativo entre sus participantes, gracias a la confrontación de opiniones y pretensiones en Derecho.

En muchos de los procedimientos institucionales, algunos de los que hemos estudiado en la jurisdicción penal y civil, se da una confrontación de opiniones en la que, también, se da una fase de *ponderación o deliberación*, acerca de cuestiones normativas y fácticas implicadas, pero también de los valores en juego. Por ejemplo, en el procedimiento judicial vimos que en los posibles juicios de todos sus implicados se involucran muchos elementos, como las ideas, creencias, conocimientos previos, etc. Además de una comprensión técnica del corpus de preceptos legales, la doctrina y la jurisprudencia implicada, etc. La hermenéutica contemporánea nos ha enseñado que, al tratar de comprender todo este material de estudio, no podemos abstraernos de muchos de esos elementos subjetivos, como ha pretendido cierta línea positivista del Derecho. En el juicio decisorio estamos ante una cuestión de elección, que subjetivamente implica matices interpretativos que nos ayudan a tomar nuestras decisiones conforme a la razón instrumental de nuestro juicio, que hace un cálculo no solo de medios-fines, sino también de pros y contras. Ante esa elección racional, hemos encontrado la ética profesional como un elemento conciliador, que equilibra y nos ayuda con el juicio de responsabilidad, es decir, nos ofrece unos criterios generales, el sentido práctico de una *ética mínima*, que han migrado a los códigos legales y deontológicos, y nos permiten de esta forma valorar

mejor la conveniencia de los medios más apropiados para lograr determinados fines, dando cabida también a una ética de la responsabilidad.

3.– En el capítulo tercero, en relación a la imposibilidad arrastrada durante todo el trabajo de concretar un tema *neuro* en la práctica jurídica por mediación de la verificación empírica, enfocamos la investigación en cuestiones más prácticas para los juristas, como es la teoría de la argumentación y los procesos de racionalidad comunicativa. Por ello, nos preguntamos: *¿Por qué y bajo qué parámetros argumentamos?* o la cuestión más específica acerca de *¿Por qué argumentamos en Derecho?* Estos cuestionamientos nos han permitido indagar sobre los criterios utilizados por los teóricos de la argumentación acerca de la validez en la argumentación jurídica, proporcionándonos valiosísimos criterios para la corrección evaluativa de los argumentos utilizados por los juristas, en relación a la detección de prácticas inmorales y, sobre todo, en relación al aspecto mental interesado, para acercarnos al entorno cognitivo que se conforma en el discurso jurídico dentro del foro público.

3.1.– En el decurso del estudio de estos temas hemos constatado que el giro práctico de la filosofía es, además, un giro hacia la *racionalidad argumentativa*, algo que casa perfectamente con el quehacer del Derecho, una práctica que ostenta unas enormes implicaciones sociales. Por ello, tratamos de defender entre nuestras tesis para el Derecho una práctica jurídica donde se asiente un componente de responsabilidad adicional al mencionado, como la de tratar de convencer justificando con razones de peso las pretensiones defendidas en Derecho.

En la racionalidad argumentativa del Derecho, que procede bajo esos estándares de racionalidad, hemos encontrado unas enormes virtudes epistémicas para la práctica jurídica en un proceso *dialéctico*, que nos permite acceder a una mejor comprensión de los objetos de conocimiento que se dan en esos contextos aplicativos del Derecho. El proceso de argumentar bajo la visión de una reconstrucción crítica, que vimos con la *pragmadialéctica*, resulta útil en Derecho, pues ayuda a desenmascarar relatos retóricos que ocultan o falsean premisas fácticas o normativas. Una de nuestras conclusiones principales es que ese propio proceder argumentativo del Derecho nos traslada parte de sus virtudes epistémicas ya que, gracias a la confrontación e intercambios comunicativos

de argumentos, logramos construir un conocimiento colaborativo y deliberativo que avanza a lo largo de un procedimiento institucional reglado.

3.2.– Los ejemplos mostrados nos han dado pruebas de lo que sería una mala *retórica* en Derecho, aquella que se queda en el efecto de la mera *persuasión*, es decir, lograr *convicción*, no sólo sin sentido moral o ciencia que la determine, sino sin apenas contenido material o razones de peso. A través de los ejemplos del método sofista mostrado vimos que una mala retórica a evitar en la práctica jurídica es aquella que adapta el discurso a cada situación cognitiva contingente del auditorio, sin creer en verdad objetiva alguna, de ahí que una afirmación valga igual que su contraria y el argumento más débil pueda imponerse al más fuerte, sin adaptarse a los límites de lo que está bien o mal. Por ello, hemos defendido una concepción o tesis de racionalidad argumentativa contemporánea, que engloba no sólo, lo ético de los contenidos expresados, desde el punto de vista semántico de una evaluación material de los argumentos, sino también desde el punto de vista de unas formas y usos del lenguaje que habrán de darse bajo unos estándares de corrección cuando utilizamos un discurso persuasivo.

Al trasladar los problemas de ese discurso público deficiente en el Derecho, con los ejemplos prácticos trabajados, hemos visto que la teoría de la argumentación jurídica ha tendido a buscar una ciencia que determine el discurso práctico en el Derecho. Mostramos esos criterios estandarizados de corrección evaluativa, ayudados por las concepciones de autores como Robert Alexy, Frans van Eemeren y Rob Grootendorst, o Stephen Toulmin. Expusimos una descripción racional apoyada en esas aportaciones claves que han hecho fortuna, recogiendo unos ejemplos de tablas y reglas para una discusión racional y crítica en los anexos II y III.

3.3.– La *nueva retórica*, recuperada por autores como Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca la abordamos como uno de los hitos esenciales de la segunda mitad del siglo XX, que nos han inspirado y hacemos nuestra su apreciación del gran valor epistémico de los razonamientos dialécticos y retóricos de la tradición aristotélica. En Perelman vimos que ese proceso enriquece algo que queremos trasladar a la práctica judicial e institucional del Derecho, la de un *auditorio* que ha de activarse y salir de su tendencia a caer en un posición pasiva y acrítica. En ese lugar es donde solemos encontrar a unos receptores de discursos que no intervienen activamente en el mismo, algo que, por

suerte, comprobamos que no suele ocurrir en la práctica del Derecho. Sus profesionales suelen tomar posiciones enfrentadas, que defienden apoyando sus diferencias de opinión en razones que, además, confrontan en los intercambios de discurso orales o escritos que se dan en el foro público, siendo este un requisito esencial de los procedimientos comúnmente reglados por el Derecho.

Con Perelman vimos que el problema del *auditorio específico* es el que encontramos en innumerables ocasiones en el Derecho, derivado de la dificultad de acceder al conocimiento concreto del interlocutor, es decir, a sus gustos, deseos y preferencias. Este conocimiento es pretendido por un orador perspicaz que pretende ante todo lograr sobre el auditorio una persuasión eficaz con su discurso. Por ello, cuando estudiamos estos aspectos en la obra de Perelman vimos que dirige sus miras al *auditorio universal*, por ejemplo, aquel que se da en el discurso filosófico. A nuestro entender éste es un auditorio demasiado ideal, a diferencia de los auditorios que se dan en la realidad práctica de Derecho, con una gran especialidad y características emocionales y cognitivas difíciles de sintetizar en la intuición de un orador perspicaz, el cual pretende persuadir eficazmente utilizando todos los medios posibles. La perspectiva ética de la argumentación jurídica, apoyada con los ejemplos históricos, requiere de una posición de alerta frente a ese proceder y necesita activar, desde su crítica una argumentación moral en la que no todos los medios o formas empleadas en el discurso jurídico serán aceptables.

3.4.– La ruta conceptual que hemos marcado en el capítulo tercero nos ha mostrado la necesidad de que en la práctica jurídica se ha de fomentar un intercambio de opiniones, que ha de ser fluido, constante, recíproco y además darse en condiciones de simetría, es decir, en el Derecho ha de darse en igualdad de armas, entre los representantes de un mismo nivel de confrontación de pretensiones. Estos valores, tan reconocibles, han de promoverse con mayor ahínco, procurando que los discursos en Derecho se den bajo argumentos de peso –buenas razones– y con una retórica ética. Estas exigencias racionales que estamos reclamando habrán de implementarse desde la formación ética del profesional con lecciones de oratoria, argumentación jurídica, ética profesional, educación cívica en virtudes y valores, etc., acordes a los tiempos que se avecinan, pues serán de tremenda utilidad en los momentos prácticos posteriores, en su práctica

institucional del Derecho, donde nos pueden ayudar a suplir las carencias comprensivas de unos oyentes o lectores ideales que no existen.

En la investigación, y con los supuestos prácticos trabajados, nos hemos dado cuenta de que estamos ante una innumerable tipología de interlocutores con afinidades divergentes, que no podemos ni debemos tratar de reducir en una síntesis limitativa, que pretenda describir y compilar tal complejidad en una pretendida objetividad descriptiva; y mucho menos, amparando tal pretensión en la neurociencia o el neuroderecho, porque con esa intención estamos ante el peligro clásico de caer en una reducción del *es* cerebral al *deber ser* moral, desde la universalidad y la autoridad pretendida por la ciencia, que ahora viene expresada en sus formas y retórica persuasiva con una gran convicción por el discurso neurocientífico.

3.5.– Entre nuestras conclusiones principales recalamos la virtualidad procedimental de los intercambios de opinión razonados, que nos aporta una de las virtudes que hemos de promover como garantía de racionalidad en la práctica jurídica, es decir, el tratar de que en nuestros discursos impere una vocación por convencer con razones de peso. La concepción *pragmadialéctica* fue para nosotros una forma específica más de afrontar tales problemáticas, ya que nos enseñó la reactivación de un diálogo necesario en Derecho. Esta concepción tan peculiar, estudiada por autores como Frans van Eemeren y Rob Grootendorst, nos mostró que los usos y reglas del lenguaje los podemos entender productivamente si nos ayudan a evaluar el proceso de argumentación desde el punto de vista de una reconstrucción racional del proceso de discusión crítica.

Estos movimientos comunicativos para la resolución de las diferencias de opinión los identificamos con los *actos de habla*, tan estudiados en las últimas décadas en el paradigma de la filosofía del lenguaje. Los actos de habla los realizamos constantemente en contextos interactivos, con un trasfondo histórico-cultural específico que la experiencia hermenéutica de la comprensión trata de interpretar fusionando diferentes horizontes de sentido posibles. En esa aclaración que nos ha proporcionado los temas de estudio tratados, si los trasladados a las categorías de la filosofía, vemos que las perspectivas más analíticas del lenguaje y la comunicación se complementan con la hermenéutica de la comprensión.

3.6.– Nuestro punto de vista ha tratado de mostrar un *entorno cognitivo* para la argumentación jurídica con una doble direccionalidad entre el *argumentador* y el *auditorio*, porque al final de los discursos y los debates llevados a cabo en la práctica jurídica, el orador y el auditorio ya no serán los mismos que al principio. Estamos ante la tesis de la virtualidad transformadora, auspiciada por el proceso dialéctico de confrontación de argumentos en Derecho. La experiencia comprensiva de los interlocutores del Derecho se amplía en la virtualidad transformadora del conocimiento adquirido de forma colaborativa. El derecho procesal ha institucionalizado en el derecho positivo parte de este trasfondo de virtudes que encontramos en la razón comunicativa, en un proceder dialéctico y crítico de intercambio de opiniones, el cual dota al sistema institucional de un gran valor epistémico y enriquece la práctica jurídica con las utilidades que nos aportan la ética discursiva y la visión crítica que hemos de fomentar en la resolución de los conflictos.

3.7.– De Aristóteles y de la nueva retórica rescatada por Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca hemos aprendido a recuperar la tradición de los dialécticos, que en la contemporaneidad ha inspirado a la tradición crítica y el giro práctico o argumentativo de la razón que venimos a recoger en nuestra escuela filosófica de Valencia. Su estudio nos ha enseñado un tránsito de aquella *doxa*, en la que imperaba un discurso con una mera intención de provocar o persuadir, a un discurso que ahora enriquecemos: por un lado, con las exigencias ético-morales que nos aporta normativamente la ética discursiva; por otro lado, con las garantías institucionalizadas por el Derecho, inspiradas o justificadas en esos principios y valores de carácter moral que han migrado a los ordenamientos jurídicos. Lo esencial en el diálogo del Derecho, que hemos extraído de la investigación es tratar, más que persuadir eficazmente por cualquier medio posible o más adecuado, intentar convencer con buenas razones y buenos argumentos, evaluados desde un punto de vista formal y material. Estas exigencias morales de responsabilidad las hemos tratado de rescatar entre nuestras conclusiones para el proceder práctico en el Derecho. Estas bondades son recogidas con asiduidad en la propia legislación, al configurar normativamente así muchos de sus procedimientos, bajo esta racionalidad jurídica discursiva, que cada profesional puede plasmar con la técnica jurídica en la gran mayoría de los procesos y ámbitos de actuación del Derecho.

3.8.– Al teorizar sobre una argumentación jurídica ideal hemos extraído una conclusión esencial: que el estudio del discurso y el intercambio de argumentos en el derecho práctico no puede descansar exclusivamente ni en una base analítica, ni en la lógica formal o informal, ni en una perspectiva racional normativa o material, ni centrarnos exclusivamente en el testeo o evaluación de los argumentos, prescindiendo de las cuestiones de justificación; ha de conformarse y enriquecerse constantemente con un poco de todas ellas. Con el estudio hemos mostrado que la práctica jurídica llevada a cabo por sus profesionales necesita enriquecerse constantemente de la multiplicidad de enfoques de muchas otras disciplinas, de algunas de las tratadas y de otras tantas que nos hemos dejado en el tintero para futuros trabajos. Lo que sí hemos tratado en el trabajo enfatizar es una tendencia, que nos ha conducido a finalizar el trabajo en el enfoque del último bloque de la investigación, es decir, aquel que desde el estudio filosófico nos permita acercarnos a los aspectos hermenéuticos y éticos de las profesiones jurídicas.

4.– Este último capítulo del trabajo, al tratar los aspectos cognitivos y epistemológicos del jurista desde la perspectiva filosófica de unas determinadas tradiciones, nos permitió reorientar la investigación hacia la *hermenéutica*, para encontrarnos con uno de los mayores elementos vertebradores de la filosofía contemporánea, para que con su bagaje nos permitiera conectar esa ontología de la comprensión con una determinada *ética*, en esa tarea inicial de responsabilidad propuesta para las profesiones jurídicas.

4.1.– Al estudiar estos temas hemos comprobado que todo intento de comprender el Derecho, en su total o parcial amplitud, es un fenómeno que se nos escapa, no somos capaces de captar fenomenológicamente su esencia, debido a que la *razón* no es un mero artefacto o hecho que está clausurado para ser interpretado de una forma única en relación a una determinada disciplina, que tratamos de describir, sino que posee un carácter múltiple y móvil. Además, encontramos un componente experiencial, histórico y narrativo, que nos muestra una enorme vinculación en su interpretación con los elementos subjetivos de la personalidad y las categorías de las tradiciones a las que el intérprete trata de acceder y seleccionar como preestructuras de la comprensión.

4.2.– En el estudio de Gadamer hemos aprendido que el *prejuicio* condiciona las categorías de verdad, validez y justicia. Ésta era una problemática esencial planteada al inicio de la investigación:

4.2.1.– En la perspectiva de la *verdad*, que vimos en el tránsito de las verdades demostrativas a la probabilidad en teoría del conocimiento y la epistemología, encontramos un posicionamiento del saber que en teoría de la argumentación jurídica se traduce en un frágil equilibrio entre tratar de transmitir convicción –que suele vincular el discurso con la categoría de verdad– frente a opinión –que relativiza el mensaje, gracias a la concepción aristotélica de los *tópicos* que hemos resaltado para los discursos–. De esta forma, la hermenéutica, como herramienta de la interpretación, se encuentra con la categoría del sentido, a la que contribuyen los prejuicios y las fuentes de autoridad al intentar subjetivar nuestro sentido práctico.

4.2.2.– La *validez* presente en el Derecho vigente, vinculada históricamente al principio de legalidad, parece una solución pragmática a los grandes problemas de justificación y fundamentación que afectan a la razón práctica entorno a la categoría de legitimidad, que para la filosofía del derecho va más allá del criterio de la legalidad, conforme a la tradición iusfilosófica a la que nos acerquemos. Esa validez la vimos con Alexy enfocada en una racionalidad pragmática, que describía unas reglas de la comunicación, así como unos usos del lenguaje intentado delimitar el espacio mental de lo que sería un argumentador razonable. Precisamente lo que quiere evitarse es el convencionalismo de las reglas mudables, describiéndonos unas reglas universales de validez racional-comunicativa procedentes de la ontología universal o trascendental. Entendemos que esa descripción de reglas no termina de alejarse de lo mutable de todo conocimiento temporal, porque esa tónica del cambio de los gustos y las preferencias ha sido algo que la historia del pensamiento nos ha mostrado en numerosas ocasiones que puede expresarse de muy diversas formas y en diferentes momentos y contextos históricos. La variación de los contenidos descriptivos o prescriptivos de la filosofía, la ciencia o el derecho, por poner ejemplos de lo que nos atañe, se transmite constantemente en la conciencia histórica, fusionando diferentes horizontes de sentido, en función del intérprete y de las necesidades y gustos del momento histórico concreto.

4.2.3.– La categoría de *justicia* es una de las más problemáticas, por ello, desgraciadamente, hemos evitado abordarla en profundidad en el trabajo debido a la gran variabilidad de sentidos en los que podría interpretarse. Por mostrar un punto de vista que nos ha interesado, en Ricoeur descubrimos que cuando tratamos de describir *lo justo*, tradicionalmente caemos en una tensión entre las tradiciones formales, deontológicas y liberales, que lo identifican con *lo legal* –ejemplos, de Kant, Rawls, etc.,– y por otro lado, encontramos las tradiciones materiales, neoaristotélicas, consecuencialistas o comunitaristas –con ejemplos de autores como Bentham, Taylor, MacIntyre, etc.,– que suelen identificar *lo justo* con *lo bueno*. La hermenéutica nos permite interpretar algunos de esos significados históricos, que nos transmiten sentidos y ayudan en la comprensión de un sentido de justicia útil. Entonces, estos sentidos de lo justo sirven de herramientas de las que servimos como utilidad práctica en un momento histórico concreto.

4.3.– El proceso de investigación nos ha mostrado que, al tratar de interpretar y comprender las bibliografías, textos legales o situaciones de hecho prácticas en las que se dan conflictos con normas y consecuencias jurídicas implícitas, entre los materiales de estudio y nuestra conciencia, se da un espacio mental de comprensión que hacemos en común con los demás. Este mismo componente intersubjetivo nos ocurre al expresar nuestro discurso en el texto o al interpretar una situación fáctica, o al leer una determinada bibliografía de la tesis. La práctica nos cambia porque, en el caso particular vivido en la práctica jurídica, hemos constatado, entre nuestras tesis principales, que estamos ante un proceder que permite aumentar el conocimiento colaborativo del mundo social que nos afecta, tratando de llevar a cabo una virtualidad transformadora que puede afectar a nuestras concepciones previas. Esta visión de lo que supone sufrir una y sucesivas experiencias, se corresponde con lo que manifestamos al inicio del trabajo, donde pretendíamos hacer nuestra propia experiencia hermenéutica como sujeto-objeto experimentador, desde la facticidad de la vida a fin de cambiar parte o el conjunto de nuestro saber previo.

Conforme a lo aprendido de Gadamer, en nuestro horizonte interpretativo de la neurociencia, en la filosofía, en el derecho y las profesiones jurídicas, hemos realizado este proceso de interpretación, ayudados por las fuentes bibliográficas, en la autoridad de las tradiciones utilizadas y la experiencia de la vida práctica. En este bagaje global

adquirido, las nuevas experiencias que hacemos en el proceso de investigación nos transforman en el conjunto de nuestro saber porque, al acabar estas fases de experimentación de nuestro de investigación ya no somos los mismos. El proceso nos ha enseñado que la investigación es una fase más especializada que la metodología científica, ya que la investigación es una actitud y un método que nos hace mejores en el esfuerzo cognitivo, tratando de lograr mejorar las vías de comprensión de los fenómenos sociales, pues éstas son vías para una mejor comprensión de nosotros mismos y del mundo en el que vivimos. En nuestro caso y como ejemplo, una mejor comprensión del fenómeno profesional de los juristas, consiguiendo una mejor predisposición para hacer que su práctica sea más correcta.

Al volvernos conscientes de esta experiencia nos hemos vuelto expertos, ganando nuevos horizontes de sentido práctico, hemos conseguido conforme a la concepción gadameriana un auto-conocimiento, en un sentido *auténtico*, al dar sentido a la tradición en una conciencia propia del lector experimentador, el cual es, además, efecto de la conciencia histórica y tiene una responsabilidad práctica. Tener una experiencia no sólo modifica lo que va a venir después, sino también todo lo que nos ha precedido en nuestra comprensión global y específica de los asuntos a los que accedemos por interpretación y tratamos de comprender y dar explicaciones bajo alguna técnica argumentativa. Una *hermenéutica jurídica* así entendida para el jurista se convierte en una teoría del sentido práctico, es decir, estamos ante unas conclusiones prácticas que hemos extraído de nuestra propia experiencia vivida, que selecciona contenidos para la comprensión y hacemos con los demás en el ejercicio práctico y cotidiano del Derecho.

En el transcurso de ese devenir hemos aprendido de Gadamer y asentado como una idea propia que la interpretación es la forma explícita de la comprensión. En ese sentido, en la comprensión de un texto, una ley o una situación fáctica afecta por el Derecho, *lo otro*, es decir, lo que tratamos de interpretar toma vida en la experiencia del intérprete, afectando a su situación personal actual. Por ello, un análisis de la realidad práctica del Derecho, desde un punto de vista de una ontología psicológico-comunicativa, resulta útil, pues la narrativa de un *jurista ideal*, en la racionalidad de las formas y contenidos de su discurso, como la expresada a lo largo del trabajo, nos ayuda en nuestra propuesta, tratando de mostrar posibles juristas mejores. A su vez, ese ejercicio

descriptivo aporta una virtualidad transformadora al conjunto de la comprensión global de las figuras ideales de los juristas que los lectores se proponen interpretar. En el trabajo, nos hemos dado cuenta de este hecho, por ejemplo, con las aportaciones del enfoque crítico-argumentativo de Ricoeur, la mirada crítica desplegada puede ser transformadora para el nuevo intérprete lector, siendo consciente de que nunca será un proceso acabado y concluyente.

4.4.– El jurista más *ético* lo podemos encontrar en un jurista ideal como el que intentamos defender, y que actúa en el proceso de aplicar el Derecho con un bagaje ético aprendido, y sólo puede entenderse a sí mismo como jurista si parte de alguna comprensión o penetración de sentido de sí mismo. Este proceso se constituye, ónticamente, por los prejuicios constitutivos mencionados, es decir, las ideas, creencias, convicciones previas, etc., que lo conforman y preceden en el conjunto de su saber y que hemos aprendido y hecho nuestras. Desde la tradición, en nuestra propia experiencia particular, la cual tomamos de *lo otro*, sean textos, tradiciones, situaciones o personas, desde cualquier referencia de experiencia donde interactuamos con lo otro, aprendemos y cobra vida en el sentido interior de nuestra experiencia de comprensión formando en un proceso de aprendizaje continuo nuestro carácter.

En el estudio de todos estos temas hemos constatado, por nuestra propia experiencia profesional y de investigación, que en el proceso de reconstrucción personal del ser profesional no estamos tan solo ante un marco teórico ontológico, en el que tratamos de construir una narrativa artificial demasiado ideal, sino además, estamos ante una hermenéutica de virtualidad transformadora, en una experiencia auténtica, al especular sobre unas expectativas posibles, dentro de una proyectiva que bebe de la propia experiencia vivencial del profesional, y porque al hacerlo, cada uno en su vida profesional, desde los referentes, en su acción aplicativa, se cambia a sí mismo y nos cambiamos a nosotros mismos, en la senda productiva y positiva del perfeccionamiento humano. Un proceso que por extensión, cambia y transforma la sociedad, en un proceso de progreso social más general que, paradójicamente, viene reglado por normas jurídicas; por ello, los juristas son actores esenciales del fenómeno social y político del cambio.

4.5.– Al estudiar en mayor profundidad el tema de una *hermenéutica* en su conexión con la *ética* encontramos, en ella, una brújula interesante para dicho proceder,

llevando a cabo su actividad en su autenticidad por los actores de las profesiones jurídicas, que actúan en una continua experiencia formativa y profesional. En ello, encontramos un poderoso instrumento transformador de las dinámicas sociales porque, cuando el jurista intenta *comprender* está aplicando elementos valorativos, que operan como prejuicios constitutivos, que al desplegarse por su acción aplicativa cambian algunas partes concretas de la sociedad que estamos construyendo. El Derecho, en el que están institucionalizadas y generalizadas las dinámicas sociales, también modifican y cambian los marcos mentales superiores de los sentidos prácticos, que encontramos y seguimos habitualmente como pautas de conducta gracias a los operadores deontológicos, por los que una sociedad definen lo permitido, prohibido y obligatorio, gracias a lo que nos transmiten los sistemas normativos, estén o no institucionalizados, dependiendo de la competencia y la jerarquía de la acción jurídica o moral desplegada, o de esas decisiones judiciales o administrativas, que nos constriñe, obligacionalmente, en la estructura normativa de la sociedad.

4.6.– En la conciencia histórica, la hermenéutica permite relatar en cada experiencia particular, parte de las carencias y necesidades de los fenómenos sociales, con ello hacemos nuestras propias experiencias como intérpretes vivenciales, pero una concepción que es dinámica muda en sus interpretaciones porque la *praxis* se hace en cada experiencia particular y en cada individuo especial, algo que ópticamente se encuentra interconectada con los demás.

5.– En un ahondamiento de comprensión personal de todo esto que estamos explicando, el proceso de investigación en su conjunto me ha descubierto, por su virtualidad transformadora en el proceso de interpretación, que no sirve crear grandes trabajos técnicos y de gran sofisticación en ciencia jurídica y filosofía, si no sirven para mejorar una práctica, en este caso la jurídica, que además, en su quehacer cotidiano pueda mejorar la sociedad. En el trabajo he tratado de hacer un ejercicio personal de responsabilidad, pensando de qué forma podemos contribuir a desplegar esa mejora social desde la filosofía y la ciencia jurídica. La *ética* en sus diferentes sistemas o tradiciones expresados en el trabajo, la he descubierto en el despliegue de los autores tratados, como una disciplina conciliadora para el jurista ya que, al estimarse en *lo otro*, se hace una

experiencia auténtica de la que extraemos conclusiones prácticas valiosas, que cada cual extraiga las suyas y sirvan para contribuir en ese saber colaborativo de la vida práctica que tratamos de hacer entre todos.

6.– La vida profesional del jurista es compleja y está expuesta constantemente a complejos avatares, que los convierte en odiseos contemporáneos, en un frágil equilibrio entre el proceso emocional y racional. La *neurociencia* la hemos descubierto como una parada más en ese camino, una razón astuta dispuesta a tranquilizarlos frente a la profundidad de nuestros desconocimientos sobre el cerebro y la actividad mental; por ello, nos provee de teorías atrevidas, por ejemplo, habla de un dualismo psicológico que atañe:

6.1.– Por un lado, al cerebro emocional o límbico, adalid del equilibrio fisiológico del cuerpo, contrapeso de la visceralidad irascible, del apetito, el sueño, la libido o la secreción hormonal. Estas funciones forman parte de las estructuras orgánicas que nos constituyen e integra en un sistema nervioso complejo sintiente, lleno de funcionalidades todavía demasiado enigmáticas, que ahora trata de explicar la neurociencia ayudada por su nuevo instrumental.

6.2.– En el otro extremo, el cerebro racional o cortical aparece indescifrable en su conexión enigmática con lo emocional o límbico. Uno de sus frutos más loables de esa racionalidad es nuestra ciencia, dispuesta a dotar de contenido cognitivo a nuestro mundo experiencial, produciendo ese pensamiento articulado que construye entre sus frutos la racionalidad jurídica del Derecho y describe los fenómenos del mundo. Este dualismo, como otros muchos *ismos* es sinónimo de reduccionismo, por ello, hemos defendido la transversalidad a la hora de afrontar los problemas de la neurociencia y las profesiones jurídicas.

7.– Al inicio del trabajo el poeta griego Konstantino Cavafis nos inspiró para abordar los desafíos de muchas de estas problemáticas que nos planteamos gracias a la metáfora del periplo vital de Ulises, en el proceso de investigar hemos trasladado la similitud del azaroso viaje del héroe clásico al arduo devenir de la labor cotidiana de

jurista. En los juristas encontramos constantemente Ulises contemporáneos, expuestos a un influjo inagotable de nuevas experiencias, que podemos representar por los numerosos conflictos de la vida práctica cotidiana ante los que se enfrenta en su cotidianidad profesional, y que tratan de buscar posibles soluciones, los más racionales posibles, mediados por una astucia profesional, en la que se aprenden una técnica en un proceso temporal de comprensión continuo.

El proceso nos ha enseñado que cuando llegas a Ítaca eres viejo, pero más sabio, en las profesiones jurídicas supone ser más expertos, básicamente por los avatares de las múltiples experiencias vividas en las que te vas empoderando de conocimiento adquirido de una forma colaborativa, ante las que te enfrentas y buscas soluciones cotidianamente. Así es cómo entendemos lo que representa Ulises y lo que significa Ítaca para el jurista. Las experiencias del día a día cotidiano en el Derecho nos ponen de cara frente a la vida, eso nos lo ha enseñado la filosofía existencial. En la experiencia profesional del Derecho necesitamos muchas de las *emociones*, las que nos transmiten y nos impactan desde esa gran variedad de situaciones –compasión, piedad, vergüenza, etc.–, avatares complejos que nos van constituyendo junto a los que aprendemos como *virtud* y tratamos de aplicar –prudencia, templanza, equidad, etc.–, y que en sus diferentes intensidades y niveles de interpretación de esas emociones, conforme a nuestra educación moral, nos tocan y generan emociones morales cuyas respuestas positivas nos dignifican.

La reacción ante la estridencia del conflicto parece ser un juicio pragmático de ponderación que precede a la acción institucionalizada y ostenta una carga de gran responsabilidad para el jurista. Tras el efecto bruto del impacto inicial la razón mediada por el juicio transforma esa afección emocional en un pensamiento articulado que depura un sentimiento moral. A partir de ese impacto surge una actitud de responsabilidad que creamos en cada instante de cada situación y acción particular. El momento *poiético* de esa conexión causal con el mundo nos conecta ontológicamente con los demás en el azaroso momento de la toma de decisiones.

Al elegir el *cuidado* de tu emocionalidad implicamos también la de los demás, desde la reciprocidad hermenéutica nos damos cuenta de que estamos en una conexión sintiente y experiencial de auto-interpretarse mejor a uno mismo, desde las ideas y convicciones, desde las figuras modélicas o desde lo que nos identifica o distingue del

otro. Ello supone un movimiento de crecimiento estimativo, que puede generar una necesidad de compensar las necesidades y carencias de los demás o de sentirse armonizado. En ese sentido, hemos de rescatar para nosotros los juristas el tópico clásico “*mens sana in corpore sano.*” Los juristas necesitamos conseguir esas predisposiciones, a fin de elevar nuestros espíritus en el azaroso camino a Ítaca, de una forma virtuosa, tal que nos permita afrontar con astucia y responsabilidad los avatares litigiosos de un camino profesional tan duro y lleno de conflictos, en un mundo tan convulso y apasionante como el de la práctica jurídica.

8.– Para cerrar nuestro propio periplo vital de la investigación, la otra estrofa inspiradora al inicio del trabajo, la del sabio Séneca se muestra como otro de los grandes alumbramientos, tratando de que todo nos vaya de cara para llegar a buen puerto necesitamos de algunas guías de conducta. La *opportunitas* para este proceso, que consiste en mostrar una práctica jurídica posible más responsable, nos la proporciona una racionalidad implícita en una técnica jurídica que nos haga entenderla de una forma más correcta. En algo habrá sido productivo lo que hemos transmitido si ha conseguido alejar la práctica jurídica de las prácticas inmorales, acercándonos a los buenos usos y costumbres del lugar, que además reconocemos en las virtudes del carácter de unos profesionales que las van aprendiendo y aplicando, primero en su formación, después en el día a día cotidiano de su profesión. Estas guías de conducta profesional son los vientos propicios, que nos abren nuestra comprensión de la actividad profesional a la responsabilidad moral, un buen puerto sin el cual no sabemos a dónde nos dirigimos, porque, aunque hayamos determinado que el viaje sea lo más importante frente al destino, siempre hemos de tener una Ítaca entre nuestros objetivos, a fin de encontrar algún sentido a todo lo que hacemos. Estas predisposiciones tan virtuosas nos la han enseñado la tradición y las fuentes de autoridad que hemos trabajado, un bagaje que ya forma parte de nuestra experiencia comprensiva particular y lo abrimos a la interpretación del lector para seguir construyendo ese conocimiento colaborativo que tanto deseamos.

9.– Por supuesto, esta utopía de una práctica jurídica ideal más responsable, desde el punto de vista moral, que hemos ideado no es algo acabado, ni que tratemos de transmitir

como convicción, sino que la ofrecemos como una posibilidad u opción para dirimirse en los conflictos prácticos conforme a lo que nos ha enseñado los dialécticos aristotélicos. Esta utopía continúa y, en ella, aquel jurista más ético en su actuar que pretendemos describir, puede ser uno de sus productos más elaborados. En el trabajo hemos tratado de lograr poner la *eticidad* al servicio del discurso público del Derecho, un lugar donde se practica y lo hacen cada día sus profesionales. La senda seguida fue conforme a lo planteado en las motivaciones iniciales, es decir, la de vislumbrar un lenguaje más claro, llano y sencillo, que esperamos de la comunicación de nuestros profesionales del Derecho. Por ello, hemos entendido que la *hermenéutica* es una teoría de la comprensión que nos provee de sentidos prácticos en la racionalidad comunicativa profesional contemporánea. Una práctica jurídica que para mejorarse habrá de ser más cabal, vehemente y madura, continuando en su camino hacia Ítaca, sin relegar la subjetividad de las decisiones, ni las emociones, ni los prejuicios, ni todos esos elementos y disciplinas tan variopintas, que desde la multidisciplinariedad de su estudio la enriquecen y la conforman, abriéndonos su estudio a una comprensión más completa y enriquecedora. Puesto que todos estos elementos estudiados y otros muchos que nos hemos dejado en el tintero son productivos, al aportarnos utilidades prácticas, y siendo además parte de los componentes que nos constituyen en nuestra identidad de juristas e intérpretes. El trabajo ha tratado de abrir un camino que no hemos podido finalizar del todo como pretendíamos inicialmente, debido principalmente a su gran complejidad; pero, sí lo hemos dejado algo más expedito para futuras investigaciones, tanto propias, como de otros investigadores que pudieran inspirarse con algo de todo lo que hemos tratado de transmitir en este emocionante periplo vital personal que supone embarcarse en un viaje de investigación en ciencia jurídica y filosofía moral.

APÉNDICES

ANEXO I

Objeción de conciencia en los funcionarios

En la *sentencia del Tribunal Constitucional nº 177/1996*,⁴⁶⁵ de 11 de noviembre, los hechos probados que dieron lugar al recurso de amparo que determinó la relevancia constitucional de este caso particular tuvo lugar ante la convocatoria desde la región militar de Levante de un acto de homenaje a la Virgen de los Desamparados por su V Centenario. El sargento apelante, percatado del carácter religioso de acto, solicita por escrito a sus superiores la exención de prestar tal servicio. Esta exención no le fue concedida, por lo que, en el momento del homenaje abandona la formación, por ese motivo, se le abren dos procedimientos: uno administrativo, el cual acaba en una sanción de 5 meses de arresto; y otro, penal militar por desobediencia, el cual, será posteriormente sobreseído.

Por todo ello, el acusado presento denuncia frente a los mandos militares, ya que, a su entender habría sufrido unas medidas represoras, incurriendo los demandados en un presunto delito contra la libertad de conciencia del art. 222.2 CP. Esta demanda llegó al Tribunal Supremo, que tras considerar que no eran actos constitutivos de delito desestimó el recurso, por lo que, a continuación, se interpuso recurso de amparo, el cual fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional.

Los demandados alegaron que sobre la *libertad religiosa* impera una limitación legal, por seguridad y disciplina, recogida en el art. 177 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas a cuyo tenor, dice:

"Todo militar tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que incluye su manifestación individual o colectiva, tanto en público como en privado, sin otras limitaciones que las legalmente impuestas por razones de seguridad o disciplina."

⁴⁶⁵ «BOE» núm. 303, de 17 de diciembre de 1996.

Esta norma va en el sentido general tradicional de la función pública de salvaguardar el interés general sobre el personal. Los demandados a continuación manifiestan que, antes que un acto de culto se trataba de un acto militar, en el que una unidad militar rinde honores y no implica que cada uno de sus componentes rindan a título individual tales honores. Frente a esa argumentación, encontramos el art. 423 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, que dispone expresamente:

"Las ceremonias militares de especial contenido espiritual podrán ir precedidas de los actos religiosos que por tradición correspondan. Con la debida antelación se hará advertencia de que aquellos que no profesen la correspondiente religión quedan dispensados de asistir al acto religioso."

Este acto de homenaje se entiende desde el Tribunal como acto ilegítimo de intromisión en la esfera íntima de creencias, porque un poder público no puede incumplir el mandato constitucional de no confesionalidad del Estado del art. 16.3 C.E. Al soldado bajo estas circunstancias le habrían obligado a participar en un acto, que se estima de culto, en contra de su voluntad y convicciones personales. Puesto que el art. 16.3 CE dispone que "ninguna confesión tendrá carácter Estatal," este sería el principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa, el que el Tribunal estima que se ha contravenido.

En base a esta argumentación el Tribunal determina que: "No se trataban, pues, de actos de naturaleza religiosa con participación militar, sino de actos militares destinados a la celebración, por personal militar, de una festividad religiosa."⁴⁶⁶ Entiende que ha de preservarse la voluntad individual y, para el caso, de que se hubiera entendido como una representación de una institución militar en su conjunto, también habría de respetarse la voluntad individual. Paradójicamente, a pesar de reconocerse la vulneración del derecho fundamental, se desestima el recurso, pues, no puede reabrirse el caso para enjuiciar un asunto penal contra los mandos militares, donde ya el Tribunal Supremo consideró que no se incurrió en dolo en su actuar.

Otro ejemplo a resaltar es una situación similar que plantea la *sentencia del Tribunal Constitucional nº 101/2004*,⁴⁶⁷ de 2 junio de 2004, supuesto en el cual, un policía

⁴⁶⁶ *Ibid.*, (FJ 10)

⁴⁶⁷ «BOE» núm. 151, de 23 de junio de 2004.

nacional es obligado por sus superiores jerárquicos a participar en un desfile procesional de una Hermandad de Sevilla, argumentando que esa participación se hace con el fin de garantizar el normal funcionamiento del acto, entendiendo que es un servicio propiamente policial, por lo que no se le considera eximido de participar en el acto. El Tribunal Constitucional en esta sentencia determina que se vulnera la libertad religiosa, encontrándonos ante un claro acto de implicaciones religiosas que “fundamentan sobradamente la negativa de quien no profesa la religión católica a tomar parte en manifestaciones de culto de dicha religión.”⁴⁶⁸

El Tribunal falla “1. Reconocer el derecho del recurrente a la libertad religiosa del art. 16.1 CE. 2. Anular las Resoluciones [...]”⁴⁶⁹ Conviene resaltar como hecho relevante de la sentencia, la disidencia expresada en un voto particular de un Magistrado,⁴⁷⁰ y no por el hecho de estimar el recurso y fallar en ese sentido, sino, porque, considera que debería de haber ido más allá la sentencia entrando a debatir algo que ha quedado pendiente como el “determinar si la condición de Hermano de esta cofradía que ostenta el Cuerpo Nacional de Policía es respetuosa con el derecho a la libertad religiosa, ex art. 16.3 CE.”

Cuestión interesante en este análisis jurisprudencial es la suscita en el *Auto* del Tribunal Constitucional *núm. 135/2000*⁴⁷¹, de 8 junio. En este supuesto, el Tribunal falla la inadmisión del recurso interpuesto que impugnaba la sanción impuesta por la desobediencia por parte de una funcionaria de prisiones por no suministrar metadona a los reclusos como sustitutivo de las drogas a las que son dependientes, por razones ideológicas o de conciencia. El Tribunal determina que “el caso carece de la relevancia constitucional pretendida, toda vez que el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 de la CE no resulta por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos.”⁴⁷²

⁴⁶⁸ *Ibid.*, (FJ 14)

⁴⁶⁹ *Ibid.*, el Fallo.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, el voto particular del Magistrado D. Roberto García-Calvo y Montiel.

⁴⁷¹ Auto n° 135/2000, de 8 de junio de 2000, emitido por la sección cuarta inadmitiendo a trámite el recurso de amparo n° 3.716/1999.

⁴⁷² *Ibid.*, (FJ 2)

En este supuesto, estamos ante un claro ejemplo de la doctrina restrictiva, que encontrábamos en la interpretación del derecho, la cual, no pretende extender el ejercicio del derecho a cualquier situación, es decir, en este supuesto práctico a un sector profesional sin regulación específica, como el de los funcionarios de prisiones o en nuestro caso particular al de los juristas, actuando en función pública, con los que podríamos identificar por analogía el supuesto. Además, el Tribunal considera que la infracción es muy grave, por incurrir en una desobediencia de órdenes dictadas por superiores jerárquicos en una Administración Pública donde existe un régimen especial de derechos y obligaciones, muy rígido marcado por la normativa administrativa y los estatutos profesionales.

ANEXO II

Robert Alexy

TABLA DE LAS REGLAS Y FORMAS ELABORADAS

Según advierte el propio autor la tabla no es un resumen de las ideas desarrolladas en la investigación, sino un resumen de uno de sus resultados.⁴⁷³

II. LAS REGLAS Y FORMAS DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL

1. Las reglas fundamentales

- [1.1] Ningún hablante puede contradecirse.
- [1.2] Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.
- [1.3] Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto *a* debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual *a* en todos los aspectos relevantes.
- [1.3'] Todo hablante sólo puede utilizar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría a sí mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevante.
- [1.4] Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

⁴⁷³ R. ALEXY. (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 283.

2. Las reglas de la razón

- [2] Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.
- [2.1] Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.
- [2.2] a. Todos pueden problematizar cualquier aserción.
b. Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.
c. Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

3. Las reglas de carga de la argumentación

- [3.1] Quien pretende tratar a una persona A de una manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo.
- [3.2] Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.
- [3.3] Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contra-argumentos.
- [3.4] Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

4. Las formas de los argumentos

- [4] G
 R·
 —————
 N·

- | | |
|--|---|
| <p>[4.1] T</p> <p style="padding-left: 40px;">R</p> <hr style="width: 20%; margin: 0 auto;"/> <p style="padding-left: 40px;">N</p> | <p>[4.2] F</p> <p style="padding-left: 40px;">R</p> <hr style="width: 20%; margin: 0 auto;"/> <p style="padding-left: 40px;">N</p> |
| <p>[4.3] F_R</p> <p style="padding-left: 40px;">R'</p> <hr style="width: 20%; margin: 0 auto;"/> <p style="padding-left: 40px;">R</p> | <p>[4.4] T'</p> <p style="padding-left: 40px;">R'</p> <hr style="width: 20%; margin: 0 auto;"/> <p style="padding-left: 40px;">R</p> |
- [4.5] R_i P R_k o bien R'_i P R'_k
- [4.6] (R_i P R_k) o bien (R'_i P R'_k) C_i

5. Las reglas de fundamentación

- [5.1.1] Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.
- [5.1.2] Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.
- [5.1.3] Toda regla debe poder enseñarse de forma abierta y general.
- [5.2.1] Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórica-crítica. Una regla moral no pasa prueba semejante:
- a) Si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo, ha perdido después su justificación, o
 - b) Si originariamente no se puede justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

- [5.2.2] Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.
- [5.3] Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados.

6. Las reglas de transición

- [6.1] Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).
- [6.2] Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.
- [6.3] Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

II. REGLAS Y FORMAS DEL DISCURSO JURIDICO

1. Las reglas y formas de la justificación interna

1.1 Formas

1.1.1 Forma más simple

- [J.1.1] · (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
 · (2) Ta
 · (3) $ORa \quad (1), (2)$

1.1.2 Forma más general

- [J.1.2] · (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
 · (2) $(x) (M^1 x \rightarrow Tx)$

- (3) $(x) (M^2 x \rightarrow Mx)$
-
-
-
- (4) $(x) (Sx \rightarrow M^n x)$
- (5) Sa
- (6) ORa (1)-(5)

1.2 Reglas

[J.2.1] Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

[J.2.2] La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

[J.2.3] Siempre que exista duda sobre si A es un T o un M^i , hay que aducir una regla que decida la cuestión.

[J.2.4] Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

[J.2.5] Hay que articular el mayor número de pasos de desarrollo.

2. Reglas y formas de la justificación externa

2.1 Reglas y formas de la argumentación empírica. Rige [6.1]. No se elaboraron reglas y formas especiales

2.2 Reglas y formas de interpretación

2.2.1 Formas de la interpretación semántica

[J.3.1] R' debe aceptarse como interpretación de R sobre la base de W_i .

[J.3.2] R' no puede aceptarse como una interpretación de R sobre la base de W.

[J.3.3] Es posible aceptar R' como interpretación de R, y es posible no aceptar R' como interpretación de R, pues no rigen ni W_i ni W_k .

2.2.2 Formas de la interpretación genética

[J.4.1] · (1) R' ($= I_w^R$) es querido por el legislador.

· (2) R'

[J.4.2] · (1) Con R el legislador pretende alcanzar Z

· (2) $\neg R' (= I_w^R) \rightarrow \neg Z$

· (3) R'

2.2.3 Forma fundamental de la interpretación teleológica

[J.5] · (1) OZ

· (2) $\neg R' (= I_w^R) \rightarrow \neg Z$

· (3) R'

2.2.4 No se elaboraron formas de la interpretación histórica, comparada y sistemática.

2.2.5 Reglas

[J.6] Debe resultar saturada toda forma de argumento que haya de contar entre los cánones de la interpretación

[J.7] Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.

[J.8] La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.

[J.9] Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación.

2.3 Reglas de la argumentación dogmática

[J.10] Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos de un argumento práctico de tipo general.

[J.11] Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.

[J.12] Si son posibles los argumentos dogmáticos, deben ser usados.

2.4 Las reglas más generales del caso de los precedentes

[J.13] Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse.

[J.14] Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

2.5 Formas especiales de argumentos jurídicos

2.5.1 Formas

[J.15] · (1) (x) (OGx \rightarrow Fx)

· (2) (x) (\neg Fx \rightarrow \neg OGx)

[J.16] · (1) (x) (Fx \vee F sim x \rightarrow OGx)

· (2) (x) (Hx \rightarrow F sim x)

· (3) $(x) (Hx \rightarrow OGx)$ (1), (2)

[J.17] · (1) $O Z \neg Z$

· (2) $R' \rightarrow Z$

· (3) $\neg R'$

2.5.2 Reglas

[J.18] Las formas de argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas.

ANEXO III

Frans van Eemeren y Rob Grootendorst

TABLA DE LAS REGLAS Y FORMAS ELABORADAS. REGLAS PARA UNA DISCUSIÓN CRÍTICA Y FALACIAS⁴⁷⁴

Reglas para una discusión crítica

REGLA 1. REGLA DE LA LIBERTAD

Las partes no deben impedirse unas a otras el presentar puntos de vista o de ponerlos en duda.

REGLA 2. REGLA DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Una parte que presenta un punto de vista está obligada a defenderlo si la otra parte le solicita hacerlo.

REGLA 3. REGLA DEL PUNTO DE VISTA

El ataque de una parte en contra de un punto de vista debe referirse al punto de vista que realmente ha sido presentado por la otra parte.

REGLA 4. REGLA DE RELEVANCIA

Una parte sólo puede defender su punto de vista presentando una argumentación que esté relacionada con ese punto de vista.

⁴⁷⁴ Frans H. VAN EEMMEN y Rob GROOTENDORST. (2006): *Argumentación: análisis, evaluación, presentación*. Trad. Roberto Marafioti, Ed., Biblos, Buenos Aires, pp. 177-182.

REGLA 5. REGLA DE LA PREMISA IMPLÍCITA

Una parte no puede presentar algo falsamente como si fuera una premisa dejada implícita por la otra parte, ni puede negar una premisa que él mismo ha dejado implícita.

REGLA 6. REGLA DEL PUNTO DE PARTIDA

Una parte no puede presentar falsamente una premisa como si fuera un punto de partida aceptado, no puede negar una premisa que presenta un punto de vista aceptado.

REGLA 7. REGLA DEL ESQUEMA ARGUMENTATIVO

Una parte no puede considerar que un punto de vista ha sido defendido concluyentemente si la defensa no se ha llevado a cabo por medio de un esquema argumentativo apropiado que se haya aplicado correctamente.

REGLA 8. REGLA DE VALIDEZ

En su argumentación, las partes sólo pueden usar argumentos que sean lógicamente válidos o que sean susceptibles de ser validados explicitando una o más premisas implícitas.

REGLA 9. REGLA DE CIERRE

Una defensa fallida de un punto de vista debe tener como resultado que la parte que lo presentó se retracte de él y una defensa exitosa de un punto de vista debe tener como resultado el que la otra parte se retracte de sus dudas sobre el punto de vista.

REGLA 10. REGLA DE USO

Las partes no deben usar formulaciones que resulten insuficientemente claras o confusamente ambiguas y deber interpretar las formulaciones de la parte contraria tan cuidadosa y tan exactamente como les sea posible.

Falacias

Violación de la regla 1 (regla de libertad) por el protagonista o el antagonista en la etapa de confrontación.

1. PONIENDO LÍMITES A LOS PUNTOS DE VISTA O A LAS DUDAS:

- Falacia de declarar los puntos de vista como sacrosantos.
- Falacia de declarar los puntos de vista como tabúes.

2. RESTRINGIENDO LA LIBERTAD DE ACCIÓN DE LA OTRA PARTE:

- * Poniendo bajo presión a la otra parte.
 - Falacia del garrote (= *argumento ad baculum*).
 - Falacia de apelación a la piedad (= *argumentum ad misericordiam*).
- * Hacer un ataque personal contra el oponente (= *argumentum ad hominem*).
 - Falacia de la descripción de la otra parte como estúpido, malo, poco confiable, etc. (ataque personal directivo/variante “abusiva”).
 - Falacia de lanzar una sombra de sospecha acerca de las motivaciones de la otra parte (ataque personal indirecto/variante “circunstancia”).
 - Falacia de señalar una contradicción en las palabras o en las acciones de la otra parte (variación de tu *quoque*).

Violaciones de la regla 2 (regla de la carga de la prueba) por el protagonista, en la etapa de apertura

1. CAMBIANDO LA CARGA DE LA PRUEBA HACIA LA OTRA PARTE:

- * En una diferencia de opinión no mixta, en lugar de defender su propio punto de vista, el protagonista fuerza al antagonista a mostrar que el punto de vista del protagonista es incorrecto.
 - Falacia de la inversión de la carga de la prueba.
- * En una diferencia de opinión mixta una de las partes no trata de defender su punto de vista, sino que fuerza a la otra parte a defender su punto de vista.
 - Falacia de la inversión de la carga de la prueba.

2. ESCAPAR DE LA CARGA DE LA PRUEBA:

- * Presentando el punto de vista como evidente en sí mismo.
 - Falacia de evadir la carga de la prueba.
- * Dando una garantía personal de la corrección del punto de vista.
 - Falacia de evadir la carga de la prueba.
- * Inmunizando el punto de vista contra la crítica.
 - Falacia de evadir la carga de la prueba.

Violaciones de la regla 3 (regla del punto de vista) por el protagonista o el antagonista, en todas las etapas de la discusión

1. ATRIBUIRLE A LA OTRA PARTE UN PUNTO DE VISTA FICTICIO:

- * Presentando enfáticamente el punto de vista opuesto.
 - Falacia del espantapájaros.
- * Refiriéndose a las visiones del grupo al cual el oponente pertenece.
 - Falacia del espantapájaros.
- * Creando un oponente ficticio.
 - Falacia del espantapájaros.

2. DISTORSIONANDO EL PUNTO DE VISTA DE LA OTRA PARTE:

- * Sacando enunciados de contexto.
 - Falacia del espantapájaros.
- * Simplificando excesivamente o exagerando.
 - Falacia del espantapájaros.

Violación de la regla 4 (regla de la relevancia) por el protagonista, en la etapa de argumentación

1. LA ARGUMENTACIÓN NO TIENE RELACIÓN CON EL PUNTO DE VISTA QUE ESTÁ EN DISCUSIÓN:

- Falacia de la argumentación irrelevante (= *ingoratio elenchi*)

2. EL PUNTO DE VISTA SE DEFIENDE POR MEDIOS DIFERENTES DE LA ARGUMENTACIÓN:

* No argumentación

- Falacia de manipulación de los sentimientos de la audiencia (falacia patética).
- Falacia de ostentación de las cualidades propias (falacia ética/abuso de autoridad)

Violación de la regla 5 (regla de la premisa implícita) por el protagonista o por el antagonista, en la etapa de argumentación

1. ANADIENDO UNA PREMISA IMPLÍCITA QUE VA MÁS ALLA DE LO QUE ESTÁ GARANTIZADO:

- Falacia de agradecimiento de una premisa implícita

2. RECHAZANDO LA ACEPTACION DEL COMPROMISO DE UNA PREMISA IMPLÍCITA IMPLICADA EN LA ETAPA DE ARGUMENTACIÓN:

- Falacia de la negación de una premisa implícita

Violación de la regla 6 (regla del punto de partida) por el protagonista o el antagonista en la etapa de la argumentación

1. MEZCLANDO PUNTOS DE PARTIDA POR PARTE DEL PROTAGONISTA NEGANDO FALSAMENTE QUE ALGO ES UN PUNTO DE PARTIDA ACEPTADO:

- Falacia de la negación falsa de un punto de partida aceptado

2. MEZCLANDO PUNTOS DE PARTIDA DEL ANTAGONISTA

FALSAMENTE PRESENTANDO ALGO COMO UN PUNTO DE PARTIDA ACEPTADO:

- Falacia del empleo falso en el uso injusto de presuposiciones en la construcción de aserciones.
- Falacias del hacer un uso falso de las presuposiciones en la formulación de preguntas (= falacia de las preguntas múltiples).
- Falacia del uso de un argumento que sostiene lo mismo que el punto de vista (= falacia del razonamiento circular/*petitio principii*/pregunta mendicante).

Violaciones de la regla 7 (regla del esquema argumentativo) por el protagonista en la etapa de argumentación

1. EMPLEO DE UN ESQUEMA ARGUMENTATIVO INAPROPIADO

- Falacia populista (relación sintomática) (= *argumentum ad populum*).
- Falacia de los hechos confusos con juicios de valor (relación causal) (= *argumentum ad consequentiam*).

2. APLICANDO UN ESQUEMA ARGUMENTATIVO INCORRECTO:

- Falacia de la autoridad (relación sintomática) (= *argumentum ad verecundiam*).
- Falacia de la generalización apresurada (relación sintomática) (= *argumentum ad verecundiam*).
- Falacia de la falsa analogía (relación de analogía).
- Falacia del *post hoc ergo propter hoc* (relación causal).
- Falacia de la pendiente resbaladiza (relación causal).

Violación de la regla 8 (regla de la validez) por el protagonismo en la etapa de la argumentación

1. RAZONAMIENTOS QUE TRATAN UNA CONDICIÓN NECESARIA COMO CONDICIÓN SUFICIENTE:

- Falacia de la negación del antecedente.
- Falacia de la afirmación del consecuente.

2. RAZONAMIENTOS QUE TRATAN UNA CONDICIÓN NECESARIA CON CONDICIÓN SUFICIENTE:

- Falacia de la división.
- Falacia de la composición.

Violaciones de la regla 9 (regla de clausura) por el protagonista o el antagonista en la etapa de clausura

1. CAMBIOS EN LA CONCLUSIÓN POR PARTE DEL PROTAGONISTA:

- Falacia que rechaza retractarse de un punto de vista que no fue exitosamente defendido.
- Falacia que concluye que un punto de vista es verdadero porque ha sido defendido exitosamente.

2. CAMBIOS EN LA CONCLUSIÓN DEL ANTAGONISTA:

- Falacia que rechaza el retiro de la crítica de un punto de vista que fue exitosamente defendido.
- Falacia que concluye que un punto de vista es verdadero porque lo opuesto no fue exitosamente defendido (= *argumentum ad ignirantiam*)

Violaciones de la regla 10 (regla de uso) por el protagonista y el antogonista, en todas las etapas de discusión

1. EMPLEO INCORRECTO DE LA FALTA DE CLARIDAD:

- Falacia de falta de claridad (implicación indefinición, falta de familiaridad, vaguedad).

2. EMPLEO INCORRECTO DE LA AMBIGÜEDAD:

- Falacia de ambigüedad.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN HONRUBIA, Victoria. (eds.). (2002): *Los Derechos Humanos en la Unión Europea*. Bosch, Barcelona.

ADORNO, Th. W. (1975): *Dialéctica Negativa*. Trad. José María Ripalda, Taurus, Madrid.

——— (2005): *Teoría Estética*. Trad. Jorge Navarro Pérez, Akal, Madrid.

AGUILÓ REGLA, Josep. (2000): *Teoría General de las fuentes del Derecho*. Ariel, Barcelona.

ALCOLEA BANEGAS, Jesús. (2014): “Discurso público y manipulación: el caso de Julio César.” *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, (12), 2, 379-398.

ALEXY, Robert. (1988): “Sistema jurídico, Principios jurídicos y razón práctica.” Trad. Manuel Atienza, *Doxa*, Universidad de Alicante, 5, 139-151.

——— (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

——— (1999): “La tesis del caso especial.” Trad. Isabel Lifante, *Isegoría*, 21, 23-35.

——— (2001): “Una defensa de la fórmula de Radbruch.” Trad. José A. Seoane, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 5, 75-95.

——— (2003a): “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad.” Trad. David García Pazos y Alberto Oehling de los Reyes, en Fernández Segado, Francisco. (eds.). *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*. Dykinson, Madrid, 1505-1514.

——— (2003b): “Los derechos fundamentales.” *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

——— (2007a): “Sobre los derechos constitucionales a protección.” Trad. Rebecca Jowers revisada por R. García Manrique, (eds.), R. Alexis, F. J.

- Bastida, J. A. García Amado, A. García Figueroa, L. L. Hierro, J. J. Moreso, C. Pardo y G. Peces-Barba, *Derechos Sociales y Ponderación*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 45-84.
- (2007b): “La fórmula del peso.” *Teoría de la argumentación jurídica*. 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. pp. 349-374.
- (2009): “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho.” Trad. A. D. Oliver-Lalana, *Doxa*, Universidad de Alicante, 32, 68-84.
- APARISI MIRALLES, Ángela. (2013): *Deontología profesional del Abogado*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- APEL, Karl O. (1985): *La transformación de la filosofía*. Vol. I y II. Trad. A. Cortina, J. Chamorro y J. Conill, Taurus, Madrid.
- ARANGUREN, José L. (1981): *Ética*. 7ª ed., Alianza, Madrid.
- ARENAS DOLZ, Francisco. (2013): “¿Qué es la neuroretórica?” *Daímon*, 58, 69-80.
- ARENDT, Hannah. (1995): “Comprensión y política.” *De la historia a la acción*. Trad. Fina Birulés, Paidós, Barcelona, pp. 29-46.
- (2003): *Eichmann en Jerusalén*. Trad. Carlos Ribalta, Lumen, Barcelona.
- ARISTÓTELES. (1982): *Categorías, Tópicos, Sobre las refutaciones sofísticas. Tratados de Lógica. (Órganon)* Vol. I. Introd., trad., y notas de Miguel Candel Sanmartín, Gredos, Madrid.
- (1985): *Ética a Nicómaco y Ética a Eudemo*. Introd., Emilio Lledó Iñigo, trad., y notas Julio Pallí Bonet, Gredos, Madrid.
- (1988): *Política*. Introd., trad., y notas de Manuela García Valdés, Gredos, Madrid.
- (1990): *Retórica*. Introd., trad., y notas de Q. Racionero, Gredos, Madrid.
- (1994): *Metafísica*. Introd., trad., y notas de Tomas Calvo Martínez, Gredos, Madrid.

ARTHUR, James. (eds.). (2014): *Virtuous Character for the Practice of Law*. Jubilee Centre for Character and Virtues, University of Birmingham.

ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel. (1986): *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Civitas, Madrid.

——— (1988): “Sistema jurídico, Principios jurídicos y razón práctica.” *Doxa*, Universidad de Alicante, 5, 139-151.

ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel y JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. (1993): “Entrevista con Stephen E. Toulmin.” *Doxa*, Universidad de Alicante, 13, 352-355.

ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel. (1993a): *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Ariel, Barcelona.

——— (1993b): *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

——— (2003): *El sentido del Derecho*. 2ª ed, Ariel, Barcelona.

——— (2005): *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. Instituto de Investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.

——— (2013): *Curso de Argumentación Jurídica*. Trotta, Madrid.

——— (2014): “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del postpositivismo jurídico.” *Revista argentina de Teoría jurídica*, Universidad Torcuato di Tella, Buenos Aires, 194-222.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y GARCIA AMADO, Juan Antonio. (2016): *Un debate sobre la ponderación*. Palestra Temis, Lima-Bogotá.

AUSTIN, John L. (1981): *Sentido y percepción*. Trad. Alfonso García Suarez, Tecnos, Madrid.

——— (1990): *Como hacer cosas con palabras*. Trad. G. Garrió y E. Rabossi, Paidós, Buenos Aires.

BALLWEG, Ottmar. (1970): *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*. Basel, Helbing-Lichtenhahn.

BECHARA, Antoine, DAMASIO, Hanna, TRANEL. Daniel T., DAMASIO, Antonio, R. (2005): "The Iowa Gambling Task and the somatic marker hypothesis: some questions and answers." *Trends in Cognitive Sciences*, 9, (4), 159-162.

BETEGÓN, Jerónimo. (1998): "Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección." *Doxa*, Universidad de Alicante, 21, 171-192.

BLUM, Lawrence. (2011): "Empathy and Empirical Psychology: A Critique on Shaun Nichols's Neo-sentimentalism." (eds.). Bagnoli. C. *Morality and the Emotions*. Oxford University Press, 170-193.

BOBBIO, Norberto. (1962): "Nature et fonction de la Philosophie du Droit." *Archives de Philosophie de Droit*, 7, 1-11.

BOBBIO, Norberto y CONTE, Amadeo G. (1965): *Derecho y lógica. Bibliografía de lógica jurídica (1936-1960)*. Trad. Alejandro Rossi, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Autónoma Nacional de México, México D. F.

BONETE PERALES, Enrique. (2010): *Neuroética práctica*. Desclée, Bilbao.

BOON, Andrew & FLOOD John. (1999): "Globalization of Professional Ethics? The Significance of Lawyers' International Codes of Conduct." *Legal Ethics*, 2, (1), 29-57.

BOON, Andrew. (2014): *The Ethics and Conduct of Lawyers in England and Wales*. 3rd ed., Hart Publishing.

BUXADÉ VILLALBA, Jorge. (2007): "La objeción de conciencia en la función Pública." *Objeción de conciencia y función pública*. CGPJ, Madrid, 149-185.

BOROWSKI, Martin. (2011): "Discourse, Principles, and the Problem of Law and Morality: Robert Alexy's Three Main Works." *Jurisprudence* 2, (2), 575-595.

CAPÓ Miguel, NADAL Marcos, RAMOS Carlos, FERNÁNDEZ Atahualpa, y CELA CONDE Camilo J. (2006): "Neuroética, derecho y neurociencia." *Ludus Vitalis*, 14, (25), 163-176.

CAPODIFERRO CUBERO, Daniel. (2013): *La objeción de conciencia: estructura y pautas de ponderación*. Bosch, Barcelona.

CARACCILO, Ricardo. (1994): “L’argomento della credenza morale.” *Analisi e diritto*, Giappichelli ed., Turín, 97-110.

CARRASCO GÓMEZ, Juan J. y MAZA MARTÍN, José M. (2010): *Tratado de Psiquiatría Legal y Forense*. 4ª ed., La Ley, Madrid.

CASSIRER, Ernst. (2011): *Antropología filosófica. Introducción a una filosofía de la cultura*. 2ª ed., Trad. Eugenio Ímaz, Fondo de Cultura Económica, México.

CASTRO JOVER, Adoración. (2005): *El derecho de la libertad de conciencia en la praxis jurisprudencial*. Universidad Pública de Navarra, Pamplona.

CELADOR ANGÓN, Oscar. (2011): *Libertad de conciencia y Europa*. Dykinson, Madrid.

CHANDLER, Jennifer. A. HARREL, Neil & POTKONJAK, Tijana. (2019): “Neurolaw today. A systematic review of the recent law and neuroscience literature.” *International Journal of Law and Psychiatry*, 65, 2-10.

CONILL SANCHO, Jesús. (2002): “El carácter hermenéutico y deliberativo de las éticas aplicadas”, en Cortina, A., y García-Marzá, D. (eds.). *Razón pública y éticas aplicadas: los caminos de la razón práctica en una sociedad pluralista*. Tecnos, Madrid, pp.121-142.

CONILL SANCHO, Jesús. (2010): *Ética Hermenéutica*. 2ª ed., Tecnos, Madrid.

CORTINA ORTS, Adela. (1989): *Ética mínima*. 2ª ed., Tecnos, Madrid.

——— (1995): *Ética sin moral*. Tecnos, Madrid.

——— (1996a): *¿Qué son los valores? Un mundo de valores*. Generalitat Valenciana.

——— (1996b): “El estatuto de la ética aplicada. Hermenéutica crítica de las actividades Humanas.” *Isegoría*, 13,119-127.

——— (2000): “Educación moral a través del ejercicio de la profesión.” *Diálogo filosófico*, 47, 253-258.

CORTINA ORTS, Adela; GARCÍA MARZÁ, Domingo, (eds.). (2003): *Razón pública y éticas aplicadas: los caminos de la razón práctica en una sociedad pluralista*. Tecnos, Madrid.

CORTINA ORTS, Adela. (2007): *Ética de la razón cordial*. Ediciones Nobel, Oviedo.

——— (2010): *Justicia cordial*. Trotta, Madrid.

——— (2011): *Neuroética y Neuropoética*. Tecnos, Madrid.

CORTINA ORTS, Adela. (eds.). (2012): *Guía Comares de Neurofilosofía Práctica*. Comares, Granada.

DAMASIO Antonio R., GRABOWSKI, Thomas J., BECHARA Antoine, DAMASIO Hanna, PONTO Laura, L. B., PARVIZI Josef, HICHTWA Richard D. (2000): “Subcortical and cortical brain activity during the feeling of self-generated emotions.” *Nat Neuroscience*, 3, 1049-1056

DAMASIO, Antonio R. (2006): *El Error de Descartes: la emoción, la razón y el cerebro humano*. Trad. Joandomènec Ros, Crítica, Barcelona.

DEL ÁGUILA TEJERINA, Rafael. (2007): “Política, derecho y razón de Estado.” *Eryteis*, 2, 36-56.

DE LA TORRE, Francisco Javier. (2008): *Deontología de abogados, jueces y fiscales: reflexiones tras una década de docencia*. Comillas, Madrid.

——— (2000): *Ética y Deontología Jurídica*. Dykinson, Madrid.

DÍEZ-PICAZO, Luís María. (2006): *El oficio de jurista*. Siglo XXI, Madrid.

DOMINGO MORATALLA, Agustín. (1991): *El arte de poder no tener razón. La hermenéutica dialógica de H. G. Gadamer*. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca.

——— (2003): “Introducción” en Ricoeur, P., *Lo justo*. Trad. Agustín Domingo Moratalla, Caparrós, Madrid.

——— (2013): *El arte de cuidar. Atender, dialogar y responder*. Ed. Rialpa, Madrid.

DUHEM, Pierre. (2003): *La teoría física: su objeto y su estructura*. Trad. María Pons, Heder, Barcelona.

DWORKIN, Ronald M. (2006): *Justice in Robes*. Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts.

ELSTER, Jon. (1991): *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de la decisión*. Trad. Carlos Gardini, Gedisa, Barcelona.

——— (2002): *Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones*. Trad. Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona.

ESCOBAR ROCA, Guillermo. (1993): *La objeción de conciencia en la Constitución Española*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ETHERINGTON, Laurence. (2016): “Public professions and private practices: access to the solicitors’ profession in the twenty-first century.” *Legal Ethics*, 19, (1), 5-29.

FARALLI, Carla. (2007): *La Filosofía del Derecho contemporánea*. Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, Madrid.

FARIÑA Francisca, ARCE Ramón y NOVO Mercedes. (2005): “¿Qué es la Psicología Jurídica?” Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense, *Colección Psicología y Ley*, Xunta de Galicia, 1, 9-20.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, José L. y HORTAL ALONSO, Augusto. (2001): *Ética de las profesiones jurídicas*. Comillas, Madrid.

FETERIS, Eveline (2007): *Fundamentos de la Argumentación Jurídica. Revisión de la Teorías sobre la Justificación de la Decisiones Judiciales*. Trad. Alberto Supelano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, publicación en inglés, (1999): *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*. Kluwert, Dordrecht/Boston/London.

FISS, Owen M. (1982): “Objectivity and interpretation.” *Stanford Law Review*, 14, 739-763.

FRANCIS, Andrew. (2015): “Legal Education, Social Mobility and Employability: Possible Selves, Curriculum Intervention, and the Role of Work Experience.” *Journal of Law and Society*, 2, 173-201.

FRIEDMAN, Lawrence. (1985): *Total Justice*. Russell Sage Foundation, New York.

GADAMER, Hans-George. (1981): “Hermenéutica como filosofía práctica.” *La razón en la época de la ciencia*. Trad. Garzón Valdés, Alfa, Barcelona.

——— (2002): *Los caminos de Heidegger*. Trad. Angela Ackermann Pilári, Herder, Barcelona.

——— (2012): *Verdad y método I*. 13ª ed. Trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Sígueme, Salamanca.

——— (2015): *Verdad y método II*. 9ª ed. Trad. Manuel Olasagasti, Sígueme, Salamanca.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. (1993): “La filosofía del Derecho de Jürgen Habermas.” *Doxa*, Universidad de Alicante, 13, 235-258.

——— (2013). *Razonamiento Jurídico y Argumentación. Nociones introductorias*. Eolas Ediciones, León.

——— (2016): “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la Ponderación.” *Revista Iberoamericana de Argumentación*, UNED/UAM. 13, 1-22.

GARCÍA DELTELL, José J. (2013): “El Neuroderecho y el impacto de las Neurociencias como nuevo paradigma para la filosofía del Derecho.” En López Frías, F. J., Morales Aguilera, P. y Sebastián Solanes, R. F., (eds.). *Bioética, Neuroética, Libertad y Justicia*. Comares, Granada, 919-931.

——— (2018): “Un lugar para la profesión de abogado dentro de la ética de las profesiones jurídicas.” En Richart, A., García-Granero, M., Ortega Esquembre, C. y De Tienda Palop, L. (eds.). *Juicio moral y democracia. Retos de la ética y la filosofía política*. Comares, Granada, 288-300.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. (1999): *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Civitas, Madrid.

GARCÍA PASCUAL, Cristina. (1997): *Legitimidad democrática y poder judicial*. Institució Valenciana d'Estudis i Investigació, Valencia.

GARCÍA PASCUAL, Cristina (eds.). (2013): *El buen jurista deontología del derecho*. Tirant lo Blanch, Valencia.

GARLAN, Brent. (2004): *Neuroscience and the Law. Brain, Mind, and the Scale of Justice*. Dana Foundation, New York/Washington.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. (1990): *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. (eds.). (2014). *Argumentación jurídica*. Tirant lo Blanch, Valencia.

GIMÉNEZ AMAYA, José M. y SÁNCHEZ-MIGALLÓN, Sergio. (2010): *De la Neurociencia a la Neuroética. Narrativa científica y reflexión filosófica*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona.

GKOTSI, Georgia M., GASSER, Jacques and MOULIN, Valérie. (2019): “Neuroimaging in criminal trials and the role of psychiatrists expert witnesses: A case study.” *International Journal of Law and Psychiatry*, 65.

GÓMEZ ABEJA, Laura. (2016): “Registro obligatorio para objetores de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo.” *Revista Aranzadi Doctrinal* (6), Cizur Menor.

GÓMEZ PÉREZ, Rafael. (1982): *Deontología jurídica*. Eunsa, Pamplona.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. (2001): *Las paradojas de la acción*. Marcial Pons, Madrid.

——— (2019): *Emociones, Responsabilidad y Derecho*. Marcial Pons, Barcelona.

GOODENOUGH, Oliver R., & TUCKER, Micaela. (2010): “Law and Cognitive Neuroscience.” *Annual Review of Law Social Science*, 6, 61-65.

- GRACIA GUILLÉN, Diego. (1989): *Fundamentos de bioética*. Eudema, Madrid.
- GRANDE YÁÑEZ, Miguel. (2006): *Ética de las profesiones jurídicas*. Desclée de Brouwer. Bilbao.
- (2007): *Justicia y Ética de la abogacía*. Dykinson, Madrid.
- (2018): *Filosofía del Derecho Hermenéutica*. Tecnos, Madrid.
- GREENE, Joshua D, SOMMERVILLE, R. Brian, NYSTROM, Leigh E, DARLEY John M and COHEN Jonathan D. (2001): “An fMRI investigation of emotional engagement in moral judgment.” *Science*, 293, 2105-2108.
- GRUBER, David, JACK, Jordynn, KERANEN, Lisa, *et al.* (2011): “Rhetoric and the neurosciences: Engagement and exploration.” *Poroi*, 7, 1, [en línea, <http://ir.uiowa.edu/poroi/vol7/iss1/11>, consulta: 2/12/2020]
- GUARIGLIA, Osvaldo. (1996): *Moralidad. Ética universalista y sujeto moral*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- GUNTHER, Teubner. (2001): “Legal Irritants: How Unifying Law Ends up in New Divergences.” *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*. Peter A. Hall & David Soskice eds.
- HABERMAS, Jürgen. (1987): *Teoría y praxis*. Trad. Salvador Mas y Carlos Moya, Tecnos, Madrid.
- (1994): “¿Qué significa pragmática universal?” *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid, 299-368.
- (1998): “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?” Trad. Manuel Jiménez Redondo, *Doxa*, Universidad de Alicante, 5, 21-45.
- (2008): “Ética del discurso. Notas para un programa de su fundamentación.” *Conciencia moral y acción comunicativa*. Trad. R. Cotarelo, Trotta, Madrid, 53-119.
- (2010): *Facticidad y validez*. 7ª ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid.

——— (2012): *La lógica de las ciencias sociales*. 2ª ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid.

——— (2017): “Conocimiento e Interés.” *Ciencia y Técnica como “Ideología.”* 7ª ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 59-178.

——— (2018): *Aclaraciones a la ética del discurso*. Trad. José Mardomingo, Trotta, Madrid.

HAIDT, J., KOLLER, S. H & DIASI, M. G. (1993): “Affect, culture and morality, or is it wrong to eat your dog.” *Journal of Personality and Social Psychology*, 65, 613-628.

HAIDT, Jonathan. (2001): “The Emocional Dog and its Rational Tail: a Social Intuitionist Approach to Moral Judgement.” *Psychological Review*, 108, 814-834.

HALF, Fruthif. (1985): *Juristische Rhetorik*. Alber, Freiburg-München.

HAUSER, Marc D. (2008): *La mente moral*. Paidós, Barcelona.

HEGEL, Georg W.F. (1966): *Fenomenología del espíritu*. Trad. Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, México.

——— (1975): *Principios de la Filosofía del Derecho*. Trad. Juan Luis Vermal, Sudamericana, Buenos Aires.

HEIDEGGER, Martin. (1981): *Kant y el problema de la metafísica*. 2ª ed. Trad. Gred Ibscher Roth, Fondo de Cultura Económica, México.

——— (1994): “Superación de la Metafísica.” *Conferencias y artículos*. Trad. Eustaquio Barjau, Serbal, Barcelona.

——— (1999): *Ontología. Hermenéutica de la Facticidad*. Trad. Jaime Aspiunza, Alianza, Madrid.

——— (2001): *Introducción a la filosofía*. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid.

——— (2003): *¿Qué es metafísica?* Trad. Elena Cortés y Arturo Leyte, Alianza, Madrid.

——— (2007): *Los Conceptos Fundamentales de la Metafísica*. Mundo, Finitud, Soledad. Trad. Joaquín Alberto Ciria, Alianza, Madrid.

- (2012): *Ser y el tiempo*. 3ª ed. Trad. Jorge Eduardo Rivera, Trotta, Madrid.
- HONNETH, Axel. (1997): *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*. Trad. Manuel Ballester, Crítica, Barcelona.
- HOOFT, Pedro F. (2005): *Bioética, Derecho y ciudadanía*. Temis, Bogotá.
- HORTAL ALONSO, Augusto. (1994): *Ética I. Los autores y sus circunstancias*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.
- (2002): *Ética general de las profesiones*. Desclée de Brouwer, Bilbao.
- JACK, Jordynn. (2010): “What are neurorhetorics?” *Rhetoric Society Quarterly*, 40, 5, 405-410
- JACK, Jordynn & APPELBAUMA, L. Gregory. (2010): “‘This is your brain on rhetoric’: Research directions for neurorhetorics.” *Rhetoric Society Quarterly*, 40, 5, 411-437.
- JAMES, William. (1884): “What is an Emotion?” *Mind*, 19, 188-204.
- JIMÉNEZ CUBERO, Fabriciano. (1993): *La psiquiatría forense y la ley penal. Cuadernos de Derecho Judicial*. Medicina Legal. CGPJ, Madrid.
- KANT, Immanuel. (1994): *Crítica de la razón pura*. 10ª ed. Trad. P. Ribas, Alfaguara, Madrid.
- KLATT, Matthias. (2012): *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford University Press.
- KELSEN, Hans. (1998): *Teoría pura del Derecho*. Trad. R. J. Vernengo, Porrúa, México.
- KIERNAN, John A. (2009): *El sistema nervioso humano: una perspectiva anatómica*. Trad. Óscar Nabais y Marta Vigo, Wolters Kluwer/Lippincott Williams & Wilkins, Barcelona.
- KLUNG, Ulrich. (1955): *Juristische Logik*. Springer-Verlag, Berlin, versión castellana (1961): *Lógica jurídica*. Trad. J.D. García Bacca, Sucre, Caracas.

KRIPKE, Saul A. (1980): *Naming and Necessity*. Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts.

LAÍN-ENTRALGO, Pedro. (1995): “Prólogo al Corpus Hippocraticum.” Vol. I. Trad. revisión y notas Ana Gómez Rabal, MRA, Barcelona.

LAKOFF, George y JOHNSON, Mark. (1991): *Metáforas de la vida cotidiana*. Introd., y Trad. José A. Millán y Susana Narotzky, Cátedra, Madrid.

LEDOUX, Joseph E. (1996): *The Emotional Brain: The Mysterious Underpinnings of Emotional Life*. Simon and Schuster, New York.

LEGA, Carlo. (1983): *Deontología de la profesión de abogado*. Civitas, Madrid.

LEGRAND, Pierre. (1997): *The Impossibility of “Legal Transplants.”* Maastricht J. Eur. & Comp.

LEVI, Edward H. (1964): *Introducción al razonamiento jurídico*. Trad., y notas de Carrió, G. R., Eudeba, Buenos Aires.

LEVY, Neil. (2007): *Neuroethics*. Cambridge University Press, Nueva York.

LOUGHERY, Joan. (2011): *Corporate Lawyers and Corporate Governance*. Cambridge University Press.

LUHMAN, Niklas. (1995): *Das recht der gesellschaft*. Frankfurt am Main, Suhrkamp. Trad. al inglés de Klaus A. Ziegert. (2004): *Law as a Social System*. Oxford.

LUMET, Sidney. (1957): *12 Angry men*, película basada en el guion homónimo de Reginald Rose, Orion-Nova Productions, EEUU.

MacINTYRE, Alasdair. (2004): *Tras la virtud*. Trad. Amelia Valcárcel, Crítica, Barcelona.

MARTÍMINGARRO, Luis. (2001): *El abogado en la historia. Un defensor de la razón y de la civilización*. Civitas, Madrid.

MARTÍNEZ VAL, Jose María. (1999): *Abogacía y Abogados. Tipología profesional, Lógica y Oratoria forense. Deontología jurídica*. 4ª ed. Bosch, Barcelona.

MAYS, Chris & JUNG, Julie. (2012): "Priming terministic inquiry: toward a methodology of neuroretoric." *Rhetoric Review*, 31, 1, 41-59.

MORRIS, Charles W. (1985): *Fundamentos de la teoría de los signos*. Trad. R. Grasa, Paidós, Barcelona.

MORSE, Stephen J. (2010): "New neuroscience, old problem. Legal implications of brain science." In Garland, B. (eds.). *Neuroscience and the law*. Dana Press, Washington DC.

——— (2010): "Lost in translation? An essay on law and neuroscience." In Freeman M. (eds.). *Law and neuroscience, current legal issues*, Oxford University Press, 13.

NAVA, Alejandro. (2015): *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*. Anthropos/Siglo XXI.

NAVARRO-VALLS, Rafael y MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. (2011): *Conflictos entre la conciencia y la ley. Las objeciones de conciencia*. Iustel, Madrid.

NAVARRO FLORIDA, Juan G. (2004): *El derecho a la objeción de conciencia*. Ábaco, Buenos Aires.

NUSSBAUM, Martha C. (2001): *Upheavals of thought: the intelligence of emotions*. Cambridge University Press, Cambridge.

——— (2011): *Creating Capabilities. The Human Development Approach*. Cambridge Mass. The Belknap Press of Harvard University Press.

ORTEGA Y GASSET, José. (1964): "¿Qué es la filosofía?" 2ª ed. *O. C., Revista de Occidente*, Madrid, 7, 275-478.

——— (1966): "La rebelión de las masas." 6ª ed., *O.C., Revista de Occidente*, Madrid, 4, 113-311.

——— (1966a): "Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?." 6ª ed., *O.C., Revista de Occidente*, Madrid, 6, 315-335.

——— (1970): "Unas lecciones de metafísica." *O. C., Revista de Occidente*, Madrid, 12.

PATERSON, Denis & PARDO, Michael S. (2016): *Philosophical foundations of law and neuroscience*. Oxford University Press.

PAVLAKOS, George. (2013): *Derecho, derechos y discurso. La filosofía jurídica de Robert Alexy*. Universidad Externado de Colombia.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. (1988): “Desobediencia civil y objeción de conciencia.” *Anuario de Derecho Humanos*, Universidad Complutense de Madrid, 5, 159-176.

PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. (1958). *Traité de L'Argumentation. La Nouvelle Rhétorique*. Paris, PUF, 2 vols. 2.^a ed., Bruselas, Editions de L'Université de Bruxelles, 1976. Trad., a partir de la ed. de 1976, de Julia Sevilla Muñoz. *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*. Madrid, Gredos, 1989, reimp. 1994.

——— (1962): “Ce qu’une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe.” *Archives de Philosophie du Droit*. Sirey, París, vol., 7.

——— (1986): “Introducción.” *Practical Reasoning in Human Affairs. Studies in Honor of Chaïm Perelman*. (eds.). Golden, James L., and Pilotta, Joseph J. Ed. Reidel, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo.

PERROT, George. (1930): *El Derecho Público de Atenas*. Trad. Luis de Terán, La España Moderna, Madrid.

PLATON. (1985): *Diálogos I: Apología, Critón, Eutifrón, Ion, Lisis, Carménides, Hippias menor, Hippias mayor, Laques, Protágoras*. Introducción Emilio Lledó, trad., y notas J. C. Ruiz, E. Lledó, C. García Gual, Gredos, Madrid.

——— (1996): *El Sofista. Testimonios y Fragmentos*. Introd., trad. y notas de Antonio Melero Bellido, Gredos, Madrid.

PÖGGELER, Otto. (1986): *El camino del pensar de Martin Heidegger*. Trad. Félix Duque Pajuelo, Alianza, Madrid.

PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. (2016): *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*. Marcial Pons, Barcelona.

PRIETO SANCHIZ, Luís. (2007): “Desobediencia Civil y Objeción de Conciencia”, en Sancho Gallardo, Ignacio. (ed.). *Objeción de Conciencia y función pública*. CGPJ, Madrid.

PUTNAM, Hillary. (1975): *Mind, Language and Reality*. Cambridge University Press.

QUINE, Willard V. O. (1985): *Desde un punto de vista lógico*. 2ª ed. Trad. de M. Sacristán, Orbis, Barcelona.

RAMOS PASCUA, José A. (2007): *La ética interna del derecho. Democracia, derechos humanos y principios de justicia*. Desclée de Brouwer, Bilbao.

RAWLS, John. (1995): *Teoría de la justicia*. 2ª ed. Trad. María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, Madrid.

RICOEUR, Paul. (1982): *Finitud y Culpabilidad*. Trad. C. Sánchez, Taurus, Madrid.

——— (1993): *Amor y justicia*. Trad. Tomás Domingo Moratalla, Caparrós, Madrid.

——— (1996): *Si mismo como otro*. Trad. A. Neira, Siglo XXI, Madrid/México.

——— (1999): *Lo justo I*. Trad. Agustín Domingo Moratalla. Caparrós, Madrid.

——— (2002): *Del texto a la acción. Ensayos de Hermenéutica II*. Trad. Pablo Corona, Fondo de Cultura Económica, México.

——— (2005). *Caminos del reconocimiento*. Trad. Agustín Neira, Trotta, Madrid.

——— (2008): *Lo justo II*. Trad. Tomás Domingo Moratalla y Agustín Domingo Moratalla, Trotta, Madrid.

ROBERTSON, Michael. (2005): “Challenges in the Design of Legal Ethics Learning Systems: An Educational Perspective.” *Legal Ethics*, 8, (2), 222-239.

ROCA FERNÁNDEZ, María José. (2008): “Dignidad de la persona, pluralismo y objeción de conciencia.” En Roca, M. J. (eds.). *Opciones de conciencia: propuestas para una ley*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 39-64.

RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio. (2009): *Derecho Comunitario de la Libertad de Conciencia*. Materiales. Dykinson, Madrid.

RODINGEN, Hubert. (1977): *Pragmatik der juristischen Argumentation: was Gesetze anrichten und was rechtens ist*. Alber, Freiburg-München.

RORTY, Richard. (1991): *Contingencia, ironía y solidaridad*. Trad. Alfredo Eduardo, Paidós, Barcelona.

ROSEN, Lawrence. (2006): *Law as Culture*. Princeton University Press.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. (1995): *El Emilio o de la educación*. Trad. Mario Armiño, Alianza, Madrid.

RUBIA, Francisco J. (2011): “El controvertido tema de la libertad.” *Revista de Occidente*, (356), 5-17.

SALSMANS, José. (1953): *Deontología jurídica o moral profesional del abogado*. El mensajero del corazón de Jesús, Bilbao.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. (1975): *Los Principios clásicos del Derecho*. Unión Editorial S.A., Madrid.

SANCHO GARGALLO, Ignacio. (2007): *Objeción de Conciencia y función pública*. CGPJ, Madrid.

SCHEIBER, S., HALES, R., YUDOFKY, S., TALBOT, T. (et al.) (1996): *Tratado de Psiquiatría*. 2ª ed. Ancora, Barcelona.

SCHRECKENBERGER, Waldemar. (1978): *Rhetorische Semiotik. Analysen von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts*. Alber, Freiburg-München.

SEIBERT, Thomas-Michael. (1980): “Juristische Topik. Ein Beispiel für die argumentative Wechselbeziehung zwischen Situation und Fall, Regel und Ausnahme.” *Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik*, Göttingen, 10, 169-177.

SEN, Amartya. (1995): *Nuevo examen de la desigualdad*. Trad. Ana Maria Bravo, Alianza, Madrid.

SHAKESPEARE, William. (2001): *Julio César*. Trad. A. L. Pujante. Espasa-Calpe, Madrid.

SHERRON, Taylor J., ANDERSON, Harp J. and TYRON, Elliott. (1991): “Neuropsychologists and Neurolawyers.” *Neuropsychology*, 5, (4), 293-305.

SOMMERLAND, Hilary (eds.), HARRIS-SHORT, Sonia; VAUGHAN, Steven and YOUNG, Richard P. (2015): *The Futures of Legal Education and the Legal Profession*. Hart Publishing, Birmingham Law School's Centre for Professional Legal Education and Research, Birmingham.

SOUSA, Ronald de (1987): *The rationality of emotion*. MIT Press, Cambridge-Massachusetts.

STEVENSON, Charles L. (1971): *Ética y lenguaje*. Trad. Eduardo A. Rabossi, Paidós, Buenos Aires.

TAYLOR, Charles. (1985): “The Concept of a Person.” *Philosophical Papers I*, Cambridge.

——— (1994): *La Ética de la autenticidad*. Trad. Pablo Carbajosa, Paidós, Barcelona.

TEUBNER, Gunther. (2001): “Legal Irritants: How Unifying Law Ends up in New Divergences.” *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*. Peter A. Hall & David Soskice eds.

TOHARIA CORTÉS, José J. (2006): *Las profesiones jurídicas: una aproximación sociológica. El oficio de jurista*. Siglo XXI, Madrid.

TOULMIN, Stephen E. (2007): *Los usos de la argumentación*. Trad. María Morrás y Victoria Pineda, Ed., Península, Barcelona, versión inglesa (1958): *The Uses of Argument*. Cambridge University Press.

TORRES-DULCE LIFANTE, Miguel Ángel. (2014): *El trabajo de la justicia. Ética y deontología jurídica*. Colex, Madrid.

VALDÉS-STAUBER, Juan. (2000): “Pluralidad metodológica en psiquiatría.” *Psicothema*, 12, (2), 545-548.

VAN EEMMEN, Frans H. y GROOTENDORST, Rob. (2006): *Argumentación: análisis, evaluación, presentación*. Trad. Roberto Marafioti, Ed., Biblos, Buenos Aires.

——— (2013): *Los actos de habla en las discusiones argumentativa. Un modelo teórico para el análisis de discusiones orientadas hacia la resolución de diferencias de opinión*. Trad. Cristián Santibáñez Yáñez y Claudio Fuentes Bravo. Eds. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, versión inglesa, (1984): *Speech acts in argumentative discussions. A theoretical model for the analysis of discussions directed towards solving conflicts of opinion*. Foris/Mouton de Gruyter, Dordrecht/Berlin.

VEGA REÑÓN, Luís y OLMOS GÓMEZ, Paula. (eds.). (2012): *Compendio de Lógica, argumentación y retórica*. 2ª ed., Trotta, Madrid.

VELASCO ARROYO, Juan C. (2000): *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y derecho en Habermas*. CEPC, Madrid.

——— (2003): *Para leer a Habermas*. Alianza, Madrid.

VIEHWEG, Theodor. (2007): *Tópica y jurisprudencia*. Prólogo de E. García de Enterría y Trad., de L. Díez-Picazo, Thomson-Civitas, Madrid.

VON WRIGHT, Georg. H. (1951): “Deontic Logic.” *Oxford University Press on behalf of the Mind Association*, Vol. 60, 237, 1-15.

WATSON, Alan. (1974): *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*. University Press of Virginia.

——— (1978): *Comparative Law and Legal Change*. Cambridge L.J.

WEBBER, Max. (1944): *Economía y Sociedad*. Trad. Johannes Winckelmann, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

——— (1998): *El político y el científico*. Trad. Francisco Rubio Llorente, Alianza, Madrid.

WEINBERGER, Ota. (1988): *Norm und Institution*. Manz Verlag, Wien.

WESTON, Anthony. (1994): *Las Claves de la Argumentación*. Trad. Jorge F. Malem Seña, Ariel, Barcelona.

WITTGENESTEIN, Ludwig. (2002): *Tractatus Logico-Philosophicus*. Ed., revi., 2003. Trad. L. M. Valdés, Tecnos, Madrid.

WOLLHEIM, Richard. (2006): *Sobre las emociones: conferencias Ernst Cassirer 1991*. Trad. Gema Facal Lozano, Antonio Machado Libros, Madrid.